

和仏法律学校講義録

著者	荒井 賢太郎, 松本 丞治, 和仁 貞吉, 栗津 ?亮, 遠藤 忠次, 鶴見 守義
出版者	和佛法律學校
巻	2-5
ページ	1-51
発行年	1902-01-10
URL	http://hdl.handle.net/10114/5297

（明治三十四年十一月九日第三種郵便物認可 毎月一回發行）
明治三十五年一月十日

三十五年度 第二學年

和佛法律學校講義錄

第五號

和佛法律學校發行



第二學年第五號目次

民法債權第一章	(自四〇三至四一〇)	法學士 荒井賢太郎
商法總則	(自六七六至六七八)	法學士 松本 蒸治
商法會社	(自六七六至六七八)	法學士 和 仁 貞吉
商法商行爲第十章	(自二四九至二五〇)	法學士 粟 津 清亮
民事訴訟法第二編	(自六九二至六九九)	法學士 遠 藤 忠 次
刑事訴訟法	(自六八四至六八九)	法律學士 鶴 見 守 義

雜報 ○校友會○辯護士試驗及第者祝宴會兼校友懇親會○擬律擬判試驗

金錢ヲ目的トスル債務ニ關スル損害賠償カ一般ノ通則ニ異ナル點ハ第一ニ法律カ損害賠償額ヲ一定シタルコト第二ニ損害ノ證明ヲ要セサルコト是ナリ普通ノ原則ニ從ヘハ債權者ハ損害賠償ヲ請求スルニ當リテ其損害アリタルコトヲ證明セサルヘカラス然ルニ此場合ニ於テハ債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スヲ要セス是レ金錢ノ債務ニ關シテ一定ノ賠償額ヲ定メタル所以一前記ノ如ク金錢ノ利用方法甚タ廣キヲ以テ其損害ノ額ヲ測定スルヲ得ス若シ強ヒテ之ヲ定メントスレハ裁判區區ニ涉リ事實ニ適合セサル結果ヲ生スルニ至ルヘキヲ以テ之ヲ避ケンカ爲メニ外ナラス即チ損害有無ノ爭ヲ避ケンカ爲メノ規定ナルニ由リ損害ノ有無モ亦之ヲ證明スルノ必要ナキモノトス損害ノ證明ヲ要セサルコト同時ニ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スヲ得ス是レ金錢ノ如キ不特定物ハ其利用方法一定セサルハ故ニ其履行ノ缺キタルコトハ果シテ不可抗力ニ出テタルカ又ハ他ノ事情ニ出テタルカ容易ニ判別スルヲ得ス經令不可抗力ニ因リ履行ヲ遲延シタリトスルモ仍ホ債務者ハ其金錢ヲ自己ノ相當ノ利益ニ使用シタルヘキヲ以テ不可抗力ヲ理由トシテ賠償ノ責ヲ免レシムル要ナキナリ

金銭ヲ目的トスル債務ニ關スル損害賠償カ一般ノ通則ニ異ナル點ハ第一ニ法律カ損害賠償額ヲ一定シタルコト第二ニ損害ノ證明ヲ要セサルコト是ナリ普通ノ原則ニ從ハハ債權者ハ損害賠償ヲ請求スルニ當リテ其損害アリタルコトヲ證明セサルヘカラス然ルニ此場合ニ於テハ債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スヲ要セス是レ金銭ノ債務ニ關シテ一定ノ賠償額ヲ定メタル所以ハ前述ノ如ク金銭ノ利用方法甚タ廣キヲ以テ其損害ノ額ヲ測定スルヲ得ス若シ強ヒテ之ヲ定メントスレハ裁判區區ニ涉リ事實ニ適合セサル結果ヲ生スルニ至ルヘキヲ以テ之ヲ避ケンカ爲メニ外ナラス即チ損害有無ノ爭ヲ避ケンカ爲メノ規定ナルニ由リ損害ノ有無モ亦之ヲ證明スルノ必要ナキモノトス損害ノ證明ヲ要セサルト同時ニ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スヲ得ス是レ金銭ノ如キ不特定物ハ其利用方法一定セサル故ニ其履行ヲ缺キタルコトハ果シテ不可抗力ニ出テタルカ又ハ他ノ事情ニ出テタルカ容易ニ判別スルヲ得ス縱合不可抗力ニ因リ履行ヲ遲延シタリトスルモ仍ホ債務者ハ其金銭ヲ自己ノ相當ノ利益ニ使用シタルヘキヲ以テ不可抗力ヲ理由トシテ賠償ノ責ヲ免レシムル要ナキナリ

此ノ如ク金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ對スル賠償額ハ法律ニ於テ之ヲ定ムルモ之ニ對シテハ例外アリ即チ法律カ特例ヲ設ケタル場合ニシテ例ヘハ連帶債務者ノ一人カ他ノ一人ニ對スル求償權第四四二條第二項又ハ組合員カ出資ヲ怠リタル場合ニ生スル損害ノ責任第六六九條ノ如キ尙ホ當事者カ賠償額ヲ豫定シタル場合若クハ約定利率カ法定利率ニ超ユル場合ノ如キ是ナリ

當事者カ損害賠償ノ額ヲ豫定スル場合ハ第四百二十條ニ規定セリ元來損害賠償ハ義務不履行ニ際シテ第四百十六條ノ標準ニ從ヒテ裁判所カ定ムルヲ以テ普通トス然レトモ豫メ當事者カ義務不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ額ヲ定ムルコトハ何等ノ妨ナキ事ニ屬ス然リ而シテ當事者カ豫メ賠償額ヲ定ムルコトハ下ノ二點ニ於テ利益ノ存スルアリ即チ一ハ損害賠償額ノ計算ヲ爲スノ煩ヲ避クルヲ得二ハ裁判所ノ判決ハ往往實際ノ事情ニ齟齬シテ當事者ノ豫期セ

ル賠償ノ額ヲ得サルコトアリ此不利益ヲ避クルカ爲メニ損害賠償ノ額ヲ豫定スルナリ

當事者カ賠償額ヲ豫定シタル場合ト雖モ其賠償ノ責任ノ發生スル點ニ付テハ

普通ノ場合ト異ナルコトナシ即チ債權者カ損害賠償ヲ請求シ得ヘキ場合ハ同シタ義務不履行カ債務者ノ責任ニ歸スル場合ナラサルヘカラス若シ義務不履行カ債務者ノ責任ニ歸セサルトキハ縱令賠償額ヲ豫定スルモ債務者之ヲ支拂フ義務ナキヤ勿論ナリ然レトモ義務不履行カ債務者ノ責任ニ歸シ債務者ニ於テ賠償ノ責任アリトスル以上ハ之カ賠償額ニ付テハ當事者雙方ニ於テ異議ヲ按ムコトヲ得サルノミナラス裁判所ト雖モ之カ増減ヲ試ムルコトヲ得ス即チ第四百十六條ニ依リテ其損害カ通常生スヘキモノナルヤ又ハ損害ヲ生セシメタル事情カ豫見スヘキ事情タリシヤ否ヤヲ調査スルノ要ナキナリ蓋シ賠償額ヲ豫定シタル所以ハ裁判所カ實際ノ事情ニ適セサル所ノ賠償額ヲ定ムルノ不利益ヲ避クルカ爲メナルヲ以テ最早裁判官カ損害ノ事實ヲ調査スルノ餘地ナケレハナリ

裁判所カ賠償ノ豫定額ヲ増減スルコトヲ得サルハ全ク當事者合意ノ結果ヲ重スルヨリ來ルモノナルカ故ニ若シ當事者ノ嘗テ豫想シタル場合ト異ナリタル事情ノ生シタルトキハ裁判所ニ豫定額ノ斟酌増減ヲ許スモ可ナルカ如シ例

ハ當事者カ全部義務不履行ノ場合ヲ豫想シテ損害賠償ノ額ヲ定メタルニ當
リ實際一部ノ不履行ニ止マリシ場合ノ如キ又ハ義務不履行カ全然債務者ノ責
任ニ歸スヘキ場合ヲ豫想シテ損害ノ額ヲ定メタルニ其不履行カ一部債權者ノ
過失ニ基因シタル場合ノ如キ就レモ當事者カ豫想シタル義務不履行ノ原因ノ
外ニ特殊ノ事情ノ生シタルモノナレハ此場合ニ於テハ裁判所ハ其特殊ノ事情
ニ應ジテ損害ノ豫定額ヲ斟酌増減スルコトヲ得ヘキニ似タリ舊民法ハ此ノ如
キ場合ニ於テハ裁判所ハ損害ノ豫定額ヲ減スルコトヲ得ルコトヲ其財產編第
三百八十九條ニ規定セリ然レトモ新民法ハ全ク此法文ヲ削除シタルヲ以テ其
削除シタル點ヨリ觀察シ又新民法ノ理由書ニ徴スルモ此ノ如キ場合ニ於テモ
裁判官ニ斟酌増減ノ權ヲ與ヘサルモノノ如シ然リト雖モ實際此ノ如キ事情生
シタリトセハ即チ義務不履行カ一部債權者ノ責任ニ歸シタルトキハ債務者ハ
契約ヲ以テ定メタル賠償ノ豫定額ヲ支拂フノ義務アルト同時ニ債權者ノ責任
ニ付テハ更ニ債權者ニ對シテ損害賠償ヲ要求スルニ至ラン又義務ノ一部ヲ履
行シタルニ拘ハラズ債務者カ全部不履行ノ場合ヲ豫想シテ定メタル賠償額ヲ

支拂ヒタルトキハ更ニ債權者ニ對シ不當利得ノ法理ニ基キ一部履行トシテ給
付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ若シ果シテ此ノ如クナリトセハ
間接ニ損害賠償ノ豫定額ヲ動スト同一ノ結果ヲ生スルヲ以テ此ノ如キ場合ニ
於テハ寧ロ舊民法ノ豫定額ヲ増減スルノ權ヲ裁判官ニ與フルノ優レルニ如カ
ス而シテ是レ寧ロ當事者ノ意思ニ適合スルモノナラン

第四百二十條第二項ニ賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケストアリ凡
ソ債務者カ任意ニ義務ヲ履行セサル場合ニ於テハ債權者ハ之ニ對シテ強制履
行ヲ請求スルカ又ハ損害賠償ヲ請求スルカ或ハ雙務契約ノ場合ニ於テハ其契
約ノ解除スルカ何レノ途ヲ探ルモ隨意ナリトス而シテ縱令損害ノ額ヲ豫定シ
タル場合ト雖モ損害賠償ノ請求ニ外ナラサルニ由リ債權者ハ損害賠償ノ請求
ヲ不便ト認メタル場合ニハ強制履行又ハ契約ノ解除ヲ請求スルニ何等ノ妨ナ
キナリ

第四百二十條第三項ニ違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ストアリ違約金トハ
當事者カ債務ノ履行ヲ確保スル爲メ豫メ債務者ニ對シテ違約ノ場合ニ請求シ

得ヘキ金額ヲ定メ置タコトヲ謂フ蓋シ損害賠償ノ請求就中當事者カ其賠償額ヲ豫定シタル場合ニハ債務者ノ義務ノ履行ヲ確實ニスル爲メニ豫メ不履行ニ對スル制裁ヲ定メタルモノト謂フコトヲ得ヘシ此點ヨリ言フトキハ損害賠償ノ豫定額ハ義務ノ履行ヲ確保スルノ效力ヲ有スト謂フヘキナリ故ニ普通通約金ト稱スルモノハ多クノ場合ニ於テハ義務ノ履行ヲ確保スルト同時ニ義務不履行ノ場合ニ於ケル損害ノ賠償額ヲ指定スルモノナリ故ニ反對ノ意思ノ表ハレサル限ハ違約金ヲ以テ賠償額ノ豫定ト推定シタル所以ナリトス

第四百二十一條ハ當事者カ金錢ニ非サルモノヲ以テ損害ノ賠償ニ充ツヘキ旨ヲ豫定シタル場合ニ前條ノ規定ヲ準用スルコトヲ規定セリ是レ別ニ説明ヲ要セスシテ明カナルヲ以テ復タ贅セス

第四百二十二條ハ債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價額ノ全部ニ相當スル損害賠償ヲ受ケタルトキハ債務者ハ其物又ハ權利ニ付キ當然債權者ニ代位スルコトヲ規定セリ是レ債權者カ債務者ノ義務不履行ノ場合ニ其義務ノ目的物ニ代ルヘキ賠償額ヲ受取リタルトキハ即チ損害賠償ヲ以テ直接履行ニ代ヘタルモノ

ナリ隨テ債權者ハ最早債務ノ目的物ニ對シテ何等ノ權利ヲ有セサルコトハ勿論ナリトス債務者ハ法律上當然債權者ニ代位シテ債權者ノ有セシ權利ヲ取得スルモノナリ

第三 第三者ニ對スル債權者ノ權利

第三者ニ對スル債權者ノ權利ニニアリ曰ク間接訴訟權曰ク廢罷訴訟權即チ是ナリ而シテ前者ハ第四百二十三條ニ規定スル所ニシテ後者ハ第四百二十四條以下ニ之ヲ規定セリ今左ニ分說セントス

一 間接訴訟權

抑モ間接訴訟權トハ如何ナルモノヲ云フヤ第四百二十三條ハ之カ定義ヲ示セリ即チ間接訴訟權トハ債權者カ第三債務者ニ對シテ自己ノ債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ謂フ間接訴訟權ヲ認メタル理由ハ債務者ノ總財產ハ其債權者ノ共同擔保ナリ故ニ債務者ノ財產ニ増減ヲ來スハ債權者ノ共同擔保ニ利害ノ影響ヲ及ボスノ結果ヲ生スルニ至ルヲ以テ債權者ハ此共同擔保ノ減損スルヲ防クカ爲メニ債務者ニ代リテ債務者ノ權利ヲ行フコトヲ得セシメタリ蓋シ債務者カ

若シ自己ノ資産ノ額ト其負債ノ額トヲ比較シテ負債カ著シク自己ノ財産ニ超過スル場合ニ於テハ縱令他ニ辨濟ヲ得ルノ途アルモ其辨濟ニ因リテ得タルモノハ悉ク自己ノ債務ノ償却ニ充テサルヘカラサル場合アリ斯ル場合ニハ債務者カ自己ノ權利ヲ執行スルモ唯徒ニ手數ヲ増スルノミニシテ爲メニ何等ノ利益スル所ナキヲ以テ其權利ヲ行ハスシテ等閑ニ付スルヲ常トス其結果ハ忽チ債權者ノ共同擔保タルヘキ債務者ノ財産ニ減少ヲ來スコトト爲ルヲ以テ法律ハ債權者ヲ保護スルカ爲メニ斯ル場合ニハ債務者ニ代リテ其權利ヲ執行スルコトヲ許シタルナリ

間接訴權ニ依リテ債權者カ行フコトヲ得ル權利ハ總テノ債務者ノ權利ヲ包含ス唯債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ之ヲ行フヲ得サルノミニシテ其他ハ總テ債務者ニ代リテ行フコトヲ得ルモノトス即チ保存ノ行爲例ヘハ債務者所有ノ不動産ヲ登記スルカ如キ又ハ債務者ノ爲メニ時效ヲ中斷スルカ如キ單ニ債務者ノ權利ヲ保存スル行爲ハ勿論尙ホ進ミテ債務者ノ爲メニ權利ヲ取得シ義務ヲ免レシムルト云フカ如キ事ヲモ爲スコトヲ得ルナリ例ヘハ買戻約款ヲ行使

リテハ之ヲ以テ利益配當ノ計算ノ基礎トス即チ株式會社ニ在リテハ會社ノ財産總額中ヨリ資本ニ當ル金額ト準備金トヲ控除シタル殘額ヲ以テ純益トシテ株主ニ分配スルコトヲ得ルナリ

財産目録中ニ記入スヘキ事項ハ動産、不動産、債權債務其他各種ノ財産ナリ舊商法ノ如キ動産、不動産ニ限レルモ是レ狭キニ失スルモノト謂ハサルヘカラス元來財産目録作成ノ目的ハ商人ノ財産上ノ地位ヲ明確ニシ或時期ニ於ケル財産ノ現在額ト他ノ時期ニ於ケル現在額トヲ對照シ其變動増減ヲ詳ニスルニ便ニスルニ在リ故ニ積極的財産ト消極的財産即チ債務トヲ問ハス悉ク之ヲ記入スルコトヲ要ス

財産目録ヲ調製スヘキ時期ハ

(イ) 一箇ノ商人ニ付テハ開業ノ時及ヒ毎年一回一定ノ時期ニ於テ之ヲ作成スルコトヲ要ス

(ロ) 會社ニ在リテハ設立登記ノ時及ヒ毎年一回一定ノ時期若シ年二回以上利益ノ配當ヲ爲ストキハ毎配當期ニ之ヲ作成スルコトヲ要ス

作成シタル財産目録ハ特別ニ設ケタル帳簿ニ記載スルコトヲ要ス(第二六條第一項第二七條)
 財産目録調製及ヒ記載ノ方法ニハ別ニ規定ナケレトモ日記帳ト同シク整然且明瞭ナルコトヲ要スヘキヤ疑ナカラン前ニ參考トシテ述ヘタル獨逸商法第四十三條ノ制限ハ商業帳簿全體ニ關スル規定ニシテ勿論財産目録ニモ適用アルモノナリ唯我商法ハ財産目録ニ關シ一規定ヲ爲セリ即チ財産目録ニハ動産不動産債權其他ノ財産ニ其目録調製ノ時ニ於ケル價格ヲ附スルコトヲ要ス(第二六條第二項)蓋シ財産目録ハ或時期ニ於ケル財産ノ現在額ヲ示スヲ目的トスルモノナレハナリ財産目録調製ノ時ニ於ケル價格トハ勿論客觀的ノ交換價格ヲ謂ヒ決シテ商人カ一箇人トシテ自己ノ財産上ニ有スル主觀的ノ價格ヲ謂フモノニ非サルハ明カナレトモ其各箇ノ財産ハ箇箇獨立ノモノトシテ之ヲ公賣シテ得ヘキ價格ヲ附スルコトヲ要セス營業ノ存在ヲ前提トシテ有スル價格ヲ附スレハ可ナリ債權ニ付テモ亦其當時ニ於ケル價格ニ依ルコトヲ要ス故ニ全然辨濟ヲ得ヘキ希望ナキ債權ノ如キハ之ヲ除外スヘキナリ獨逸商法第四十條ハ

其第三項ニ明文ヲ以テ之ヲ定メタリ
 財産目録調製ノ時ノ價格ニ依リテ財産ヲ評價スヘキコトハ株式會社ノ如キモ特別規定ナキヲ以テ當然適用アリ近時株式會社ノ財産目録ニ付テハ全ク時價ニ從ヒテ評價セス其最高額ニ制限ヲ加ヘテ例外規定ヲ設ケントスル說アリ獨逸商法ノ如キモ其第二百六十一條ニ於テ株式會社ニ付キ評價ノ最高限度ヲ定メ以テ其第四十條ノ規定ノ例外規定トセリ

(三) 貸借對照表帳(Bilanz) 貸借對照表トハ商人ノ財産ヲ貸方ト借方トニ分テ權利義務ヲ對照シテ其財産ノ狀況ヲ一目瞭然タラシムルヲ目的トスルモノヲ謂フ故ニ貸借對照表ハ財産目録ノ計算上ノ要領ヲ示ス摘要タルニ外ナラス
 貸借對照表ハ之ヲ貸方借方ノ二欄ニ分テ積極的財産ヲ貸方ノ欄ニ消極的財産ヲ借方ノ欄ニ記載スルヲ常トス簿記學上之ト正反對ナル記載方法ナシトセザレトモ是レ寧ろ普通ノ觀念ニ反スルモノナリ
 貸借對照表ヲ調製スヘキ時期及ヒ之ヲ特別ノ帳簿ニ記載スヘキコトニ至リテハ財産目録ト同様ナリ(第二六條第一項第二七條)唯株式會社ニ付テハ貸借對照

表ハ之ヲ公告スルコトヲ要ス(第一九二條第二項)

第二 商業帳簿及ヒ營業ニ關スル信書ノ保存

商人ハ十年間其商業帳簿及ヒ其營業ニ關スル信書ヲ保存スルコトヲ要ス十年間トハ信書ニ付テハ之ヲ受取リタル時ヨリ商業帳簿ニ付テハ其帳簿閉鎖ノ時ヨリ之ヲ起算スルナリ(第二八條)

第三 商業帳簿ニ關スル制裁

商業帳簿ニ關スル制裁ニ付テハ商法中ニハ會社ノミニ關シテ規定アリ即チ第二百六十一條第九號ニ依レハ會社ノ業務ヲ執行スル者カ財產目錄貸借對照表ヲ備ヘ置カス之ニ記載スヘキ事項ヲ記載セス又ハ之ニ不正ノ記載ヲ爲シタルトキハ五百圓以上五百圓以下ノ過料ニ處セラル

破産法ニ於テハ一般規定アリ

(イ) 破産宣告ヲ受ケタル債務者カ商業帳簿ヲ秩序ナク記載シ藏匿シ毀滅シ又ハ全ク記載セザルトキハ過怠破産ノ刑ニ處ス(第一〇五一條第四號)

(ロ) 破産宣告ヲ受ケタル債務者カ債權者ニ損害ヲ被ラシムル意思ヲ以テ貸方

財產ノ全部若クハ一分ヲ藏匿シ轉匿シ若クハ脫漏シ又ハ借方現額ヲ過度ニ掲ケ又ハ商業帳簿ヲ毀滅シ藏匿シ若クハ偽造變造シタルトキハ詐欺破産ノ刑ニ處ス(第一〇五〇條)

商業帳簿ノ説明ヲ終ルニ臨ミ舊商法ト對照シテ尙ホ二三言ヲ附加セシム舊商法ニ於テハ商業帳簿ニ法律上ノ證據力ヲ認メタルモ(舊商法第三九條第四〇條)新法ハ民事訴訟法第二百七條ノ自由探證主義ト牴觸スルコトヲ避ケ之ヲ除去セリ且商業帳簿ニ法定ノ證據力ヲ認メントセハ其調製及ヒ記載ノ方法ニ嚴格ナル制限ヲ定ムルコトヲ要ス是レ我商法ノ寬大ナル主義ト相容レサル所ナリ故ニ新法ニ於テハ商業帳簿ノ證據力ハ一ニ裁判官ノ認定ニ任セルナリ尙ホ舊商法ハ商業帳簿ノ差出及ヒ開示ノ規定ヲ爲セルモ(舊商法第三六條乃至第三八條)新法ハ之ヲ削除セリ

第九章 商業使用人

前ニ商人ノ章ニ於テ述ヘタル如ク商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業

トスル者ヲ謂ヒ必スシモ自身親シク手ヲ下シテ業務ヲ執行スルコトヲ要セザルノミナラス縱令自ラ業務ヲ執行スル者ト雖モ萬般ノ行爲ヲ一人ニテ爲スハ事實不可能ニ屬ス是ニ於テカ商人ノ營業ニハ各種ノ補助人 (Hilfspersonen) ヲ要ス

廣義ノ補助人ハ學者更ニ之ヲ分チテ獨立ノ補助人 (selbständige Hilfspersonen) 及ヒ狹義ノ補助人ト爲ス者アリ獨立ノ補助人トハ所謂補助的ノ商業ヲ營ム獨立ノ商人例ヘハ仲立人間屋代理商運送取扱人運送人及ヒ保險業者ノ如キ者ヲ謂ヒ狹義ノ補助人トハ商人ノ營業上ノ機關トシテ其營業ヲ補助スル者例ヘハ支配人番頭手代其他ノ商業使用人及ヒ合名會社合資會社株式合資會社ノ代表社員並ニ株式會社ノ取締役等ヲ謂フ

我商法ハ總則編ノ第六章ニ商業使用人ヲ第七章ニ代理商ヲ規定シ代理商以外ノ所謂獨立ノ補助人ニ付テハ商行爲編第五章以下ニ之ヲ規定セリ蓋シ代理商ハ一定ノ商人ノ爲メニ平常其營業ノ部類ニ屬スル商行爲ノ代理又ハ媒介ヲ爲ス者ナルヲ以テ獨立ノ商人ナレニモ拘ハラズ商人ノ機關タル點ヨリ觀テ之ヲ

總則編ニ規定シ狹義ノ補助人タル商業使用人ト伍セシメ其他ノ獨立ノ補助人ハ其行爲ノ點ヨリ觀テ商行爲編ニ規定セルモノナルヘシ尙ホ獨逸商法ノ如キハ仲立人ヲモ總則編ニ規定セリ會社ノ代表社員及ヒ取締役等ヲ會社編ニ規定セルハ當然ナリトス故ニ本講義モ法典ノ順序ニ從ヒ本章ニ於テ商業使用人ヲ次章ニ於テ代理商ヲ説述シ以テ商人ノ營業ヲ補助スル機關ノ性質ヲ明カニスヘシ

第一 總論

(一) 商業使用人トハ商人ト雇傭關係ニ立チ之カ營業上ノ機關トシテ商業ニ關スル勞務ニ服スル者ヲ謂フ(略ホ獨逸商法ノ Handlungsgesellen ニ該當ス)故ニ商人ニ雇傭セラルル者タルコトヲ要ス縱令番頭手代等ノ名ヲ有スル者ト雖モ商人ニ非サル者ニ雇傭セラルル者ハ商業使用人ト謂フヲ得ス是ヲ以テ第二十九條「ハ商人ハ支配人ヲ選任シ云云」第三十三條ニモ商人ハ番頭又ハ手代ヲ選任シ云云」アリ又次ニ商人ト雇傭關係ニ立ツ者タルコトヲ要ス獨立ノ補助人タル商人ハ商業使用人ト謂フヲ得ス又最後ニ商業ニ關スル勞務ニ服スル者

タルコトヲ要ス商人ニ雇傭セラルル者ナルヲ以テ直チニ商業使用人ナリト稱フコトヲ得ザルナリ

(二) 商業使用人ハ其名稱ヨリスレハ商法ハ支配人番頭手代及ヒ其他ノ使用人ノ四種ヲ認ムレトモ代理權ノ有無ヨリスレハ之ヲ二種ニ分ツヘシ第一種ハ法律行為ヲ爲スノ權限即チ代理權ヲ有スルモノニシテ支配人番頭及ヒ手代之ニ屬ス第二種ハ代理權ヲ有セザルモノニシテ支配人番頭及ヒ手代ニ非サル使用人ハ之ニ屬スルモノト推定セラルルナリ第一種ノ代理權ヲ有スル使用人ハ更ニ法律カ其代理權ノ範圍ヲ定ムルト否トニ依リ之ヲ分チテ支配人ト番頭手代トノ二トス支配人ノ代理權ノ範圍ハ法定ノモノナルヲ以テ之ヲ制限スルモ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス之ニ反シテ番頭手代ノ代理權ノ範圍ハ主人カ任意ニ定ムル所ニ從フ故ニ二者ノ代理權ハ性質上差異アルモノナリ法律ハ尙ホ此二者ノ間ニ區別ヲ爲シ支配人ノ選任及ヒ解任ニ付テハ主人ニ之カ登記ヲ爲スヘキコトヲ命セラルモ番頭手代及ヒ其他ノ使用人ニ付テハ登記スヘキコトヲ定メザルナリ

(三) 以上商業使用人ノ意義ヲ定メ其種類ヲ説キタルカ進マテ各種ノ使用人ニ付テ説明スルニ先チ一般ニ商業使用人ト主人トノ關係ニ付キ一言セント欲ス前述ノ如ク商業使用人ハ商業ニ關スル勞務ニ服スル者ナリ主人ト雇傭關係ニ立ツ者ナリ故ニ雇傭關係ノ設定及ヒ終了ノ原因又ハ主人ト商業使用人トノ間ノ權利義務ノ關係ニ至リテハ悉ク民法ノ雇傭ノ規定ニ從フヘキナリ故ニ新商法ハ舊法第五十九條乃至第六十五條ノ如キ規定ヲ削除シ第三十五條ニ曰ク「本章ノ規定ハ主人ト商業使用人トノ間ニ生スル雇傭關係ニ付キ民法ノ規定ヲ適用スルコトヲ妨ケスト而シテ又一方ニ於テハ商業使用人中ニハ法律行為ヲ爲ス權限即チ代理權ヲ有スル者アリ代理權ノ授與ハ一方行為ニ因リテ行フコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ立法論トシテ大ニ議論アル所ナレトモ解釋論トシテハ我民法ハ法定代理ノ外ハ唯委任契約ニ因ル代理ヲ認メタルニ止マリシモノノ如シ梅博士民法要義第一卷第一〇九條反對說ハ岡松博士民法理由第一卷第一〇九條故ニ代理權ヲ有スル商業使用人ト主人トノ間ニハ委任關係ナキコト能ハサルナリ而シテ此委任關係ニ付テモ商法及ヒ商慣習法ニ特別規定ナキ限ハ當

然民法ノ委任ノ規定ニ從フヘキナリ故ニ新商法ハ舊法ノ代務人ニ關セル第四十三條第四十六條等ノ規定ヲ削除セリ左レハ予ノ譯義モ亦主人ト商業使用人トノ間ノ雇傭及ヒ委任ノ一般關係ニ付テハ論及スルコトヲ避ケント欲ス尙ホ主人又ハ商業使用人ト第三者トノ關係即チ所謂代理關係例ヘハ代理人ノ行爲ハ本人ニ對シテ如何ナル效力アリヤ代理人ハ代理人タルコトヲ示スコトヲ要スルカ代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル行爲ノ效力如何等ノ問題ニ至リテモ民法ノ代理ノ規定及ヒ商法第二百六十六條乃至第二百六十八條ノ規定等ニ從フヘキモノナルヲ以テ之ヲ説クコトナク唯本章ノ規定ノミニ付キ支配人番頭手代及ヒ其他ノ使用人ノ三段ニ分チテ説明セント欲ス諸君カ雇傭委任及ヒ代理ニ關スル商法及ヒ民法ノ一般規定ヲ參照シ以テ商業使用人ノ觀念ヲ完成セラレンコトハ予ノ切ニ希望スル所ナリ

第二 支配人

(一) 支配人ノ意義 支配人舊商法ノ代務人(Procurator)ニ該當ストハ商業使用人ノ一種ニシテ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ制限ヲ加フルコト能ハサル

法定ノ範圍アル代理權ヲ有シ其選任及ヒ解任ハ之ヲ登記スルコトヲ要スルモノヲ謂フ

(イ) 支配人ノ代理權ハ第三十條第一項及ヒ第二項ニ依リテ其範圍ヲ定メラレ之ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス支配人以外ノ使用人ノ代理權ノ範圍ハ主人ノ任意ニ定ムル所ナリ故ニ其範圍ハ或ハ支配人ノ代理權ト同一ナルコトモアルヘキモ主人ハ何時ニテモ之ヲ制限スルコトヲ得ヘシ故ニ此二者ノ代理權ノ差異ハ其廣狹ニ在ラスシテ其本質ニ在ルモノナリ支配人ノ外商法カ法定ノ範圍ヲ有スル代理權ヲ認メタルモノヲ舉レハ左ノ如シ即チ

一 合名會社合資會社及ヒ株式合資會社ノ代表社員第六二條第一〇五條第二四三條第一七〇條

二 株式會社ノ取締役第一七〇條第二項第六二條

三 會社ノ清算人第九一條第一〇五條第二三四條第二三六條

四 船舶管理人第五三條

五 船長(第五六六條)

(ロ) 支配人ノ選任及ヒ其代理權ノ消滅ハ之ヲ登記スルコトヲ要スレトモ其他ノ使用人ハ然ラス
獨逸商法ニ於テハ以上二點ノ外尙ホ支配人ハ自己ノ名ト支配人タルコトヲ示スヘキ文句トヲ主人ノ商號ニ附記シテ署名スヘキコトヲ定メタレトモ(獨逸商法第五一條)我商法ハ此ノ如キ規定ヲ爲サス然レトモ我商法ニ於テモ支配人ハ必ス支配人ト稱スルコトヲ要スルヤ否ヤハ問題ト爲リ得ヘシ予ノ信スル所ニ據レハ支配人又ハ支配役ト稱スル者ハ之ヲ支配人ト看做シテ可ナリ是レ施行法第十九條ニ商法施行前ヨリ支配人又ハ支配役ト稱スル者カ商法第三十條ニ定メタル權限ヲ有セザルトキハ主人ハ商法施行ノ日ヨリ三箇月内ニ其名稱ヲ改ムルコトヲ要ス主人カ前項ノ期間内ニ支配人又ハ支配役ノ名稱ヲ改メザリシトキハ其者ハ商法第三十條ニ定メタル權限ヲ有スルモノト看做ストアルヨリ推論スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ支配人又ハ支配役ノ名稱ヲ用ヒサルコトヲ以テ直チニ支配人ニ非スト速斷スヘカラス第三十條ノ代理權ヲ授與セラレ

依リテ一定ス故ニ資本ヲ増減スルニハ定款變更ノ手續ヲ爲スコトヲ要ス財産ハ事業ノ狀況ニ依リ常ニ變動シテ止マサルモノナリ會社ノ資本ト會社ノ財産トノ間ニ區別アルコトハ特ニ注意ヲ要スル點トス

會社ハ資本ノ額ニ應スル財産ヲ保有スルコトヲ要ス是レ蓋シ會社ノ財産ハ會社債權者ノ擔保ヲ爲スモノニシテ第三者ハ會社ノ資産ニ重キヲ置キ會社ト取引ヲ爲スモノナルカ故ニ會社債權者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニハ資本ニ應スル財産ヲ保有スル必要アルニ由ル商法第六十七條ニ會社ハ損失ヲ填補シタル後ニ非サレハ利益ノ配當ヲ爲スコトヲ得スト規定シタルハ資本財産維持ノ法則ヲ定メタルモノナリ會社財産カ資本ニ超過スルトキハ會社ニ利益アリト謂ヒ會社財産カ資本ニ不足スルトキハ會社ニ損失アリト謂フ

資本ノ増減ハ定款變更ノ一ノ事項ナリ故ニ會社ハ第五十八條ノ規定ニ依リ總テノ社員ノ同意アルニ非サレハ資本ノ増減ヲ爲スコトヲ得ス資本ノ増加ハ會社財産ノ増加ヲ惹起スノ原因ト爲ル故ニ會社ノ債權者ハ資本ノ増加ニ因リテ利益ヲ享クルコトアルモ損失ヲ招クコトナシ之ニ反シテ資本ノ減少ハ會社財

產ノ減少ヲ惹起スノ原因ナルカ故ニ自由ニ資本ノ減少ヲ爲スコトヲ許ストキハ會社債權者ノ不利益ヲ醸スコト甚シ或ハ合名會社ノ社員ハ會社ノ債務ニ付キ連帶シテ無限ノ責任ヲ負擔スルカ故ニ會社ノ資本ヲ減少スルモ會社債權者ハ大ナル不利益ヲ被ルコトナキカ如キ觀アリ然リト雖モ會社債權者ニ對スル第一ノ擔保ハ會社財產ニシテ社員ノ財產ハ第二ノ擔保ナリ社員ハ會社財產ヲ以テ會社債務ヲ完済スルコト能ハサル部分ニ付キ辨濟ノ責ニ任ス而シテ債權者カ社員ノ財產ニ付キ辨濟ヲ求ムルニハ會社財產ニ付キ辨濟ヲ求ムルヨリモ一層繁雜ナル手續ヲ要ス故ニ會社財產ニ付キ全部ノ辨濟ヲ受クルト之ニ付キ一部ノ辨濟ヲ受ケ更ニ社員ノ財產ニ付キ辨濟ヲ受クルトハ其便否同日ノ論ニ非ス是レ予輩カ資本ノ減少ヲ以テ會社債權者ノ利益ヲ害スルモノナリト言フ所以ナリ商法第二百二十條第七十八條乃至第八十條ハ株式會社ノ資本減少ニ付キ種種ナル規定ヲ爲スト雖モ合名會社ノ資本減少ニ付テハ僅ニ第六十六條ノ規定アルノミ第六十六條ハ規定シテ曰ク社員ノ出資ノ減少ハ之ヲ以テ會社ノ債權者ニ對抗スルコトヲ得ス但本店ノ所在地ニ於テ其登記ヲ爲シタル後ニ

年間債權者カ之ニ對シテ異議ヲ述ヘサリシトキハ此限ニ在ラスト此法條ハ出資ノ減少ニ付キ規定シタルモノナリト雖モ既ニ述ヘタルカ如ク會社ノ資本ハ出資ノ價額ノ總計ニシテ出資ノ減少ハ當然資本ノ減少ヲ惹起ス若シ出資ヲ減少スルモ資本ノ減少ヲ惹起スモノニ非ストセハ敢テ出資ノ減少ニ付キ債權者ノ同意ヲ要スルコトナシ是レ予輩カ第六十六條ヲ以テ資本ノ減少ニ關スル規定ナリト言フ所以ナリ會社ハ社員ノ出資ヲ減少スルモ之ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ス此規定ヲ以テ會社ハ債權者ノ同意ナケレハ出資ノ減少ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲ス勿レ會社ハ定款變更ノ手續ニ從フトキハ自由ニ出資ノ減少ヲ爲スコトヲ得而シテ其減少ハ會社ノ内部ノ關係ニ於テハ固ヨリ其效アリ第六十六條ノ規定スル所ニ之ヲ以テ會社ノ債權者ニ對抗スルコトヲ得スト云フニ在ルノミ會社債權者カ其出資ノ減少ヲ承認シタル場合ニ於テハ會社ハ之ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ルハ論ヲ俟タス又豫メ會社債權者ノ承認ヲ得シテ出資ヲ減少シタル場合ニ於テモ其登記ヲ爲シタル後二年間債權者カ之ニ對シテ異議ヲ述ヘサリシトキハ之ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得是レ債

權者カ暗黙ニ承認ヲ與ヘタルモノト推定スルコトヲ得ルノミナラス永ク法律關係ヲ不確定ナラシムルハ宜キヲ得タルモノニ非サレハナリ以上ハ出資ノ減少ニ付キ述ヘタルモノナレトモ資本ノ減少ニ付テモ亦之ト同一ニ論スルコトヲ得ヘシ

會社ノ資產ヲ形成スルモノハ社員ノ出資營業ニ依リテ得タル財產其他ノ物ナリ此財產ハ會社ナル法人ノ財產ニシテ社員ハ其上ニ何等ノ權利ヲモ有セス唯出資ヲ爲シテ會社財產ヲ組成ストノ理由ニ因リ會社ニ對シ財產上ノ計算關係ヲ有スルノミ此關係ヲ社員ノ持分ト謂フ持分ニ付テハ後ノ章ニ於テ詳説スヘシ會社財產ト社員ノ財產トハ全ク別箇ノモノナルカ故ニ社員ノ債權者ハ會社財產ニ對シ直接ニ權利ヲ行使スルコトヲ得ス唯社員カ會社ニ對シテ有スル財產上ノ權利ヲ差押フルコトニ因リ社員ニ代リテ利益ノ配當殘餘財產ノ分配又ハ社員カ退社シタルトキ持分ノ拂戻ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キス之ニ反シテ社員カ會社ノ債務ニ付キ其私財ヲ以テ辨濟ノ責ニ任スルハ全ク便宜上ノ理由ニ基キタルモノニテ論理ノ結果ニ非サルコトハ嘗テ論述シタル所ナリ會社

カ破産スルモ其效果ハ會社財產ノ上ニノミ發生シ當然社員ノ私產ニ及ハサルヲ原則トス社員ノ破産ニ付テモ亦之ト同シク會社財產ハ之カ爲メ當然影響ヲ受クルコトナシ獨逸商法第三百一一條第五號カ社員ノ破産ヲ以テ會社ノ解散事由ト爲シタルハ合名會社ヲ法人ト認メサル結果ナリ

會社ハ設立登記ノ時及ヒ毎年一同一定ノ時期ニ於テ財產目録及ヒ貸借對照表ヲ作ルコトヲ要ス一年ニ二回以上利益ノ配當ヲ爲ス會社ニ在リテハ毎配當期ニ財產目録及ヒ貸借對照表ヲ作ルコトヲ要ス是レ會社財產ノ狀況ヲ明カニシ且利益配當ノ計算ヲ爲スニ必要アルカ爲メナリ(第二六條第二七條)

第五章 會社ノ法律關係

合名會社ノ法律關係ハ之ヲ内部ノ關係ト外部ノ關係トニ分ツコト通常學者ノ爲ス所ナリ内部ノ關係トハ會社ト社員トノ間ノ關係ヲ謂ヒ外部ノ關係トハ會社ト第三者トノ關係及ヒ社員ト第三者トノ關係ヲ謂フ或ハ内部ノ關係トシテ社員相互間ノ關係ヲ數フル者アリト雖モ社員ハ其資格ニ於テ相互ニ關係ヲ有

スルコトナシ例ヘハ會社ノ業務ヲ執行スル社員相互間ノ關係又ハ業務ヲ執行スル社員ト業務ヲ執行セサル社員トノ間ノ關係ノ如キハ社員相互間ノ關係ノ如キ觀アリト雖モ決シテ然ラス會社ノ業務ヲ執行スル社員ハ業務ヲ執行ヲ目的トスル會社ノ機關ナリ故ニ前ニ掲ケタル二ノ關係ノ如キモ其一ハ機關ヲ組織スル者ノ相互間ノ關係ニシテ一ハ社員ト會社ノ機關トノ關係ナリ之ヲ以テ社員トシテ相互ニ關係ヲ有スルモノトスルハ正當ナラス蓋シ會社ヲ一ノ法人ナリトスル以上ハ社員ハ會社ニ對シテ權利義務ノ關係ヲ有スルニ止マリ相互ニ社員タル資格ニ於テ權利義務ノ關係ヲ有スルコトナシ舊商法カ社員間ノ權利義務ト題シテ第八十五條乃至第一百七條ニ規定ヲ爲セシハ合名會社ヲ法人トスル主義ニ背タコト甚シキモノナリ社員カ第三者ニ對シテ法律關係ヲ有スルハ合名會社合資會社及ヒ株式合資會社ニ於テ見ル所ニシテ株式會社ニハ之ナキ所ナリ是レ法律カ無限責任社員ヲシテ會社ノ債務ニ付キ第三者ニ對シ責任ヲ負ハシメタル結果ナリ

内部ノ關係ハ定款ヲ以テ自由ニ定ムルコトヲ得之ニ關スル法律ノ規定ハ定款

ニ別段ノ定ナキ場合ニ於テ適用セラレルニ過キタルヲ原則トス之ニ反シテ外部ノ關係ハ定款ヲ以テ自由ニ定ムルコトヲ得タルヲ原則トス是レ外部ノ關係ヲ定ムル所ノ法律ノ規定ハ公益ニ關係ヲ有スルコト甚タ多ク強制的ノ性質ヲ有スルカ故ナリ

第一節 會社ノ内部ノ關係

合名會社ハ一ノ法人ニシテ組合トハ其本質ニ於テ異ナル所アルハ勿論ナルモ此會社ハ社員ノ人的信用ニ基礎ヲ置クモノニシテ社員ノ會社ニ對スル權利義務ハ組合員相互ノ權利義務ト同一ニ定ムルヲ得各社員カ會社ノ業務ヲ執行スル權利義務ヲ有スルカ如キ其議決權ノ平等ナルカ如キ若クハ自由ニ退社ヲ許ササルカ如キ皆會社カ社員ノ人的信用ニ基礎ヲ置クニ原因スルモノナリ是ヲ以テ商法第五十四條ハ會社ノ内部ノ關係ニシテ定款又ハ商法ニ別段ノ定ナキモノニ付テハ組合ニ關スル民法ノ規定ヲ準用スヘキコトヲ定メタリ舊商法ハ民法ヨリ獨立シテ商法ヲ編纂シタルカ爲メニ民法ノ規定ト同一ノ規定ヲ商法

中ニ多ク存セシモ新商法ハ民法ノ規定ニシテ商事ニ準用スルコトヲ得ルモノハ皆之ヲ準用スヘキヲ定メ之ニ依リテ法律ノ規定ノ重複スルコトヲ避ケタルハ立法上體裁ノ宜キヲ得タルモノト謂フヘシ本節ニ於テハ社員ノ義務ヲ説明シ次ニ社員ノ權利ヲ説明スヘシ

第一款 社員ノ義務

第一項 出資

出資トハ社員カ會社ノ資産ヲ組織スル爲メニ供出スル所ノ財産上ノ價格ヲ有スルモノヲ謂フ我商法ノ用語トシテハ出資ノ目的ト謂フヲ可トス商法第五十條ニ依レハ社員ノ出資ノ種類及ヒ價格ハ定款ニ記載スルコトヲ要スル事項ナリ故ニ會社ヲ設立シテ社員ト爲ル者及ヒ會社ノ設立後社員ト爲ル者ハ皆一定ノ出資ヲ爲ササルヘカラス但現社員ノ持分ヲ讓受ケ之ニ因リテ新ニ社員ト爲ル者ハ讓渡人ノ有スル財産上ノ權利義務ヲ承繼スルヲ以テ讓渡人カ既ニ出資ノ義務ヲ全部履行シタルモノナルトキハ讓受人ハ全ク出資ノ義務ヲ負ハサル

モ讓渡人カ未タ出資ノ義務ヲ全部履行セサルモノナルトキハ讓受人ハ其讓受ケタル持分ノ割合ニ於テ出資ノ義務ヲ負擔ス之ヲ要スルニ出資ハ社員ニ隨伴スル所ノ一ノ必然ノ義務ナリ出資ノ義務ハ會社ヲ設立スルニ因リ又ハ會社ト入社契約ヲ爲スニ因リテ發生シ其何レノ場合ニ於テモ此義務ノ範圍ハ定款ニ依リテ定マルモノトス社員ハ定款ニ定メタルヨリ以外ニ出資ヲ爲スノ義務ナク又之ヲ爲スコトヲ得ス出資ノ範圍ヲ變更スルニハ定款變更ノ手續ヲ爲スコトヲ要シ社員ハ一旦出資ヲ爲シタル以上ハ其目的カ消滅シ又ハ毀損スルモノ之ヲ填補スル所ノ義務ナキコト多言ヲ要セス

出資ノ目的ト爲ルコトヲ得ルモノニ三種アリ財産勞務及ヒ信用是ナリ以下之ヲ分チテ説明スヘシ

第一 財產

財産ナル語ニハ廣狹ノ二意義アリ之ヲ廣義ニ解スレハ苟モ經濟上ノ價格ヲ有スルモノハ皆之ヲ財産ト謂フコトヲ得勞務信用モ亦此意義ニ於ケル財産ナリ然レトモ之ヲ狹義ニ解スレハ主トシテ財産權ヲ指シ勞務信用ノ如キハ此中ニ

入ラス財産中ニテ出資ノ目的トシテ最も普通ニ行ハルモノハ金錢ナリ然レトモ其他ノ動産、不動産、債權、特許權等モ皆固ヨリ出資ノ目的ト爲スコトヲ得動産、不動産ノ所有權ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタルトキハ之ヲ會社ニ引渡シタル以上ハ社員ハ其滅失、毀損ニ付テ責任ヲ負ハサレトモ動産、不動産ノ使用權若クハ收益權ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタルトキハ其動産、不動産ヲ會社ニ引渡シタル後ニ於テモ其滅失、毀損ニ付キ社員ハ之ヲ填補スル義務アリ何トナレハ之ヲ填補セサレハ會社ハ定款ニ定ムルカ如キ使用又ハ收益ヲ爲スコトヲ得サレハナリ若シ社員カ此ノ如キ場合ニ其填補ヲ爲ササレハ完全ニ出資ノ義務ヲ履行セサルモノトシテ其責ニ任セサルヘカラス

第二 勞務

勞務カ出資ノ目的ト爲ルコトヲ得ルハ商法第七十一條ノ規定ニ徴シテ疑ヲ容レス勞務ヲ出資ノ目的トスルトハ會社ノ爲メニ精神上若クハ肉體上ノ活動ヲ爲スヲ謂フ故ニ精神若クハ身體ノ衰弱ニ因リ活動スルコト能ハサルニ至リタルトキハ出資ノ不能ト爲リタルモノニシテ會社ハ第七十條第一號前段ノ規定

ニ依リ其社員ヲ除名スルコトヲ得勞務ヲ目的トスルトキハ其價格及ヒ勞務ノ標準ヲ定メ之ヲ定款ニ記載セサルヘカラス

第三 信用

信用カ出資ノ目的ト爲ルコトヲ得ルハ商法第七十一條ノ規定ニ徴シテ疑ヲ容レス舊商法ハ財産ト勞務ヲ以テ出資ノ目的ト爲スコトヲ許セシモ信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲スコトヲ認メス其理由ハ社員ハ出資ヲ爲シテ共有資本ヲ組織スヘキモノナルカ故ニ出資ノ目的ト爲ルコトヲ得ルモノハ移轉スルコトヲ得ルモノナラサルヘカラス然ルニ信用ハ專屬的ノモノニシテ移轉スルコトヲ得ス隨テ出資ノ目的ト爲スコトヲ得ス又信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲スコトヲ許ストキハ會社ハ信用アル者ノ名ヲ籍リテ第三者ヲ瞞著シ之ニ不測ノ損害ヲ被ラシムル虞アリト云フニ在リ然レトモ是レ信用出資ニ關スル大ナル謬見ナリ抑モ物カ出資ノ目的ト爲ルニハ財産上ノ價格ヲ有シ他人ヲシテ之カ利用ヲ爲サシムルコトヲ得レハ足レリ必スシモ移轉スルコトヲ必要トセス動産、不動産ノ所有權ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタル場合ニ於テハ權利ノ移轉アリト雖モ之

ニ反シテ動產、不動產ノ使用權若クハ收益權ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタル場合ニ於テハ之ヲ嚴格ニ言ヘハ使用權若クハ收益權ノ設定アリシモノニシテ此等ノ權利ノ移轉アルモノニ非ス勞務ヲ出資ノ目的ト爲シタル場合ニ於テモ勞務ハ決シテ他人ノ移轉スルコトヲ得ルモノニ非ス唯他人ニ勞務ヲ利用セシムルコトヲ得セシムルニ過キス信用其モノハ人ニ專屬スルモノナリト雖モ之ヲ他人ニ利用セシムルコトハ爲シ得サル所ニ非ス而シテ商業上ノ信用ハ財産上ノ價格ヲ有スルコト論ヲ埃タス故ニ商業上ノ信用ヲ以テ出資ノ目的トスルハ毫モ出資ノ論理ニ背クモノニ非ス又信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲スコトヲ許ストキハ之ヲ約シタル者ハ之ニ因リテ社員ト爲ル隨テ其者ハ他ノ社員ト同シク會社ノ債務ニ付キ連帶シテ無限ノ責任ヲ負フ故ニ第三者カ其社員ヲ信シテ會社ト取引ヲ爲シタル場合ニ於テモ第三者ハ會社カ其社員ノ名ヲ籍リタルカ爲メ少シモ損害ヲ被ルコトナシ加之信用ヲ出資ノ目的トシテ商業上ニ名望アル者ヲ社員ト爲スコトヲ得ルハ會社カ事業ヲ營ムニ於テ非常ニ便宜トスル所ナリ夫レ此ノ如ク信用出資ヲ許スモ實際ニ弊害ナク却テ大ナル便益アリ是レ新商

保險ノ要素ハ不測ナル災害ノ發生ト之ヲ恐ルル所ノ人類ノ結合ナルコトハ既ニ前章ニ述ヘタルカ如シ而シテ此ニ要素ヲ具備スレハ保險ハ成立スルニ似タレトモ此ノ如キハ所謂古代ノ保險ニシテ今日ハ之ヲ保險ト謂フコト能ハス今日ノ保險ハ未來ニ發生スヘキ損害ノ正確ナル豫算ヲ編成シ且正當ニ之ヲ實行スルコトヲ要ス換言スレハ道理ト正義ニ適シタル保險料ヲ算出シ之ヲ正當ニ處分シ又管理スルノ方法ヲ具備スルノ必要アリ此等ノ要件ヲ保險ノ形式ト謂フ此形式ヲ區別シテ靜的及ヒ動的ノ二種ト爲スコトヲ得此二種ノ形式ハ如何ナル種類ノ保險ニモ必要ニシテ存在スヘキモノナレトモ就中複雜ニシテ而モ能ク完備セルモノヲ生命保險ニ於テ見ルカ故ニ先ツ生命保險ニ付キ之ヲ説明セハ他種ノ保險モ自ラ了解セラルヘシ

第一節 靜的形式

生命保險ノ形式ノ中ニ就テ先ツ其組織ヲ設定スルニ必要ナルモノヲ靜的形式ト謂フ此形式ニ五箇アリ

第一 死亡生殘表

死亡生殘表ノ生命保險會社ニ於ケルハ尙ホ燈臺羅針盤ノ航海者ニ於ケルカ如シ生命保險ノ保險者ハ無數ノ被保險者ヲ相手トシ契約時期ノ到達ニ際シテ保險金ヲ支拂ハサルヘカラサルカ故ニ之カ報酬トシテ收入スル所ノ保險料ヲ定ムルハ其第一ニ重要ナル事務タルコト勿論ナリ而シテ之ヲ行フニハ既往ノ結果ヲ觀察シテ將來ヲ推想スルノ外ニ手段ナシ既往ノ結果トハ既往幾數年間ニ於テ人類ノ死亡生存スル狀況ヲ調査シ數字ヲ以テ適當ニ之ヲ配列シタルモノニシテ之ヲ死亡生殘表ト謂フ此表ニ依リテ吾人カ死亡ノ危險ニ瀕スル程度或ニ生存シ得ル傾向ヲ知り以テ保險ヲ算出スルナリ

大ニ理學博士藤澤利喜太郎氏カ本邦ノ人口統計ニ基キ作成セラレタル死亡生殘表ヲ掲ク

藤澤氏死亡生殘表

年齢	生殘數	死亡數	年齢	生殘數	死亡數	年齢	生殘數	死亡數
10	1000	4	41	746	10	72	260	22
11	996	5	42	736	10	73	238	22
12	991	5	43	726	10	74	216	21
13	986	6	44	716	11	75	195	20
14	980	6	45	705	11	76	175	19
15	974	7	46	694	11	77	156	18
16	967	7	47	683	11	78	138	18
17	960	7	48	672	12	79	120	17
18	953	8	49	660	13	80	103	14
19	945	8	50	647	13	81	89	13
20	937	8	51	634	14	82	76	12
21	929	8	52	620	14	83	64	12
22	921	8	53	606	14	84	52	11
23	913	8	54	592	14	85	41	9
24	905	9	55	578	14	86	32	7
25	896	9	56	564	15	87	25	6
26	887	9	57	549	16	88	19	5
27	878	9	58	533	16	89	14	4
28	869	9	59	517	17	90	10	3
29	860	9	60	500	18	91	7	2
30	851	9	61	482	19	92	5	2
31	842	9	62	463	19	93	3	2
32	833	9	63	444	19	94	1	1
33	824	9	64	425	19			
34	815	9	65	406	20			
35	806	10	66	386	20			
36	796	10	67	366	21			
37	786	10	68	345	21			
38	776	10	69	324	21			
39	766	10	70	303	21			
40	756	10	71	282	22			

死亡生殘表トハ右ノ如キモノニシテ或幼稚ナル年齢ノ者ノ一定ノ數前表ニテハ千人カ悉皆死亡シテ皆無ト爲ルマテノ形跡ヲ表ハシタルモノナリ死亡生殘表ヲ以テ如何ニ保險料算出ノ基礎ト爲スヤト云フニ之ヲ以テ人類死亡生存ノ傾向ヲ計算スルニ在リ例ヘハ十歳ノ人カ一年間ニ死亡スル傾向ハ千人中ニ四人ナルカ故ニ一人ニ付テハ千分ノ四ナリ故ニ各自カ保險金ノ千分ノ四宛ヲ出金スルトキハ收支過不足ナシ即チ此千人カ各千圓ノ保險金ヲ契約シタリトシ千分ノ四即チ四圓宛ノ保險料ヲ拂フトキハ其合計四千圓ニシテ之ヲ四人ノ死者ニ對シテ拂渡ストキハ過不足ヲ生スルコトナシ

以上ハ十歳ノ人一年間ノ定期保險料ニシテ二十歳ニテモ三十歳ニテモ亦皆同一ノ方法ヲ以テ算出スルヲ得ヘシ又二年以上ノ定期保險ニハ各年ニ於ケル保險料ヲ合計シテ之ヲ得ヘク而シテ終身保險ハ畢竟此定期保險ヲ終身間繼續シテ行フニ外ナラサルカ故ニ之ニ對スル保險料ハ各年ノ保險料ヲ終身間合計シタルモノナリ人類ノ死亡ニ對スル傾向ハ年齢ト共ニ増加スルモノナルカ故ニ茲ニ數年間ノ定期保險若クハ終身保險ヲ契約シ其拂込ムヘキ者アレハ其保險

料ハ年年増加セサルヘカラス然ルニ通常ノ契約ノ當時ニ一定シタル保險料ヲ永續シテ拂込ムハ雙方ノ便宜上平均ノ保險料ヲ授受スルノ趣意ニ基クモノニシテ契約ノ初期ニハ年齢相當ナル保險料ヨリ多ク拂ヒ置キ以テ後年ニ至リテ年齢相當ナル保險料ヨリ少ク支拂フ場合ヲ補フナリ

第二 豫定利率

金錢ニハ必ス利息ヲ生スルモノニシテ金錢ヲ借ル者ハ必ス利息ヲ拂ハサルヘカラス銀行ハ預金ニ利息ヲ附シ現金賣買ハ安直ニシテ晦日拂ハ高價ナリ生命保險會社ハ保險契約者ト長期ニ涉ル契約ヲ取結ヒ恰モ貯金銀行カ爲ス如キ預金ヲ爲スコト多シ故ニ此預金ニ對シテ相當ナル利息ヲ附セサルヘカラス之ヲ反對ノ方向ヨリ説明スレハ會社ハ便宜上後年ニ收ムヘキ保險料ヲ先取スルコトアリ先取スル場合ニハ相當ノ割引ヲ爲ササルヘカラス此利息ノ歩合即チ割引ノ歩合ハ豫メ保險者ノ定ムル所ノモノニシテ之ヲ豫定利率ト謂フ

第三 純保險料

死亡生殘表ニ依リテ人類死亡生殘ノ傾向ヲ測定シ之ニ利息ノ計算ヲ施シテ算

出シタル保險料ヲ純保險料ト稱シ保險者カ其負擔スル所ノ危險ニ對スル報償トシテ保險契約者ヨリ收ムヘキモノナリ例ヘハ前表ニ依リ十歳ノ被保險者一箇年間ノ定期純保險料ヲ得ント欲スルニ前項ノ如ク保險金額千圓ニ對シテ金四圓ナリ然ルニ這ハ契約ノ時ヨリ滿一年ヲ經過シタル瞬間即チ契約期間ヲ終了シタル後ニ始メテ收入スヘキ道理ナルヲ便宜上先取シタルモノナルカ故ニ保險者ハ之ニ豫定利率ノ割引ヲ爲ササルヘカラス而シテ此割引率ヲ年四分トスレハ純保險料ヘ三圓八十五錢ト爲ルカ如シ

第四 附加保險料

前項ニ述ヘタル純保險料ナルモノハ單ニ危險ニ相當スル出額ニシテ之ヲ各人ヨリ徵收スルトギハ保險者カ過不足ナク保險金ヲ支拂ヒ得ルト云フニ過キス故ニ多數人カ共済組合ヲ設立シ之カ費用ト勢力ヲ義捐シテ保險事業ヲ行ヘハ各人ノ出資ハ純保險料ノミヲ以テ足レリトスヘシ然レトモ相應ノ管理者ヲ置キ又ハ營業トシテ行フ場合ニハ純保險料以外ニ費用若クハ利益ニ充ツヘキ金額ヲ契約者ヨリ徵收スルノ要アリ之ヲ附加保險料ト稱シ普通純保險料ノ何割

何分ト云フカ如キ金額ヲ附加スルモノトス

第五 表定保險料(又營業保險料ト謂フ)

表定保險料トハ俗ニ保險掛金ト稱スルモノニシテ保險者カ之ヲ公告提供シ保險契約者ヲ募集シ之ヨリ收納スル所ノモノニシテ單ニ保險料ト言ヘハ之ヲ指ササルヘカラス即チ前二項ニ説明シタル純保險料及ヒ附加保險料ノ兩者ヲ合計シタルモノナリ

以上列舉シタル五箇ノ形式ハ生命保險ヲ構成スルニ必要ナル事項ニシテ靜止ノ體ニ在ルカ故ニ之ヲ靜的形式ト稱ス生命保險事業ヲ行ハントスルニハ其業務開始前ニ先ツ此等ノ條件ヲ具備セサルヘカラスルヲ謂フナリ而シテ契約者ヲ得テ業務ヲ執行スルニ至リテハ之カ運轉機關ヲ要スルコト勿論ニシテ警察、主計部即チ是ナリ予ハ之ヲ動的形式ト謂フ

第二節 動的形式

第一 醫部制

商法施行令 保險 保險契約 保險ノ形式 動的形式

醫部ハ被保險者タルヘキ者ノ身體診察ヲ掌ルモノニシテ死亡ヲ條件トスル生命保險事業ノ運轉ヲ爲スニ付テ缺クヘカサル機關ナリ生命保險會社ノ保險料ハ普通壽命ヲ保續シ得ヘキ身體ヲ標準トシテ定メタルモノナルカ故ニ之ヨリ體質虛弱ノ者ニシテ危險多キ者ニハ其多キ程度ニ應シテ多分ノ保險料ヲ徵收スル要アリ之ヲ増加保險料ト謂フ或ハ又危險甚シキ被保險候補者ハ保險契約ヲ謝絶セサルヘカラス此等ヲ鑑定ハ一ニ醫部ノ職責ニ任スルモノナルカ故ニ若シ之カ正當ヲ得サルトキハ保險料ハ有名無實ニ歸シ終ニ事業ノ瓦解ヲ見サルヘカラス然レトモ生命保險契約ニハ必スシモ醫師ノ鑑定ヲ要スト謂フヘカラス或條件ヲ以テ保險金ノ支拂ヲ制限シ過大ナル危險ノ負擔ヲ免ルル場合アリ火災保險ニ於テハ建築師又ハ商品學ノ智識アル者ニシテ火災危險ノ鑑定者ヲ要シ海上保險ニ在リテハ船舶試驗者ヲ要ス此等ハ皆保險者カ契約ニ對スル自己ノ安全ヲ圖ランカ爲メニ爲ス所ノ隨意ノ行爲ニシテ却テ法律ノ要求スルモノニ非ス

第二 主計部

主計部ハ生命保險業務ニ必要ナル諸種ノ計算ヲ掌ル機關ニシテ次ニ其執行スヘキ事項ヲ掲ケントス

(一) 責任準備金ヲ計算スルコト 責任準備金トハ保險者カ被保險者ニ對スル責任即チ負擔ノ性質ヲ有スル準備金ノ謂ニシテ之ヲ分チテ未經過保險料及ヒ保險料積立金ノ二トス未經過保險料トハ會社ノ決算年度ト契約年度カ一致セサル場合ニ於テ起ル所ノ次年度ニ屬スル保險料ヲ指スモノニシテ決算ノ際未タ損益ノ計算ニ組入ルヘカサルモノヲ謂フ保險料積立金トハ前ニ述ヘタル如ク保險料ハ危險ノ程度ニ相當スヘキモノニシテ而シテ吾人ノ死亡ニ對スル危險ハ年年増加スルモノナルカ故ニ保險者ハ保險契約者ヨリ年年保險料ヲ増加シテ徵收セサルヘカサルノ理ナリ然ルニ之ニハ多クノ不便アルカ故ニ常ニ一定シタル平均ノ保險料ヲ徵收スルコトセリ此場合ニハ契約ノ初期ニ危險ノ程度ヨリ多クノ保險料ヲ取リ後年危險ノ程度ヨリ少ク取ル場合ノ填補ニ供セサルヘカラス而シテ此初期ニ於ケル過剩額ハ保險者ノ資産ニ非スシテ被保險者ヨリ預リタルカ如キ性質ヲ有ス故ニ至重ノ注意ヲ以テ之ヲ管理セサルヘ

カラス多數ノ國ノ法律ニ於テ之カ算法及ヒ保管法ヲ規定スルハ此性質アルニ由ルナリ

(二) 危險準備金ヲ計算スルコト 死亡生殘表ナルモノハ元來數年間ノ平均ヲ表出シタルモノニ外ナラス故ニ一年毎ニ必スシモ事實ト符合スト謂フヘカラス或時ハ實際死亡カ豫定死亡ヨリ少ナク或時ハ又多カルヘシ然レトモ惡疫流行シ又ハ戰爭ノ如キ不慮ノ災害アルニ非サル平年ニ於テハ被保險者ノ死亡ハ死亡生殘表ノ死亡率ヨリ僅少ナルヲ通常トスルカ故ニ支拂金モ亦豫定ヨリ尠カラサルヘカラス此際生シタル剩餘金ハ一時會社ノ利益ナルカ如シト雖モ將來ニ於テ何時不意ノ凶年ニ遇ヒ支拂保險金ノ豫算以上ニ上ルコトナシト謂フヘカラス之ニ備フルニハ平年ノ剩餘金ヲ積立ツルノ外良策ナシ之ヲ危險準備金ト稱ス生命保險ヨリハ寧ロ他ノ變動多キ保險ノ種類ニ在リテ一層ノ必要ヲ見ル所ノモノナリ但國家ノ法律ヲ以テ之ヲ強制シタル例ナキハ聊カ遺憾ト爲ササルヲ得ス

(三) 解約價格ヲ計算スルコト 保險契約者カ一旦會社ト契約ヲ結フト雖モ或

ハ掛金ヲ繼續スルコト能ヘス或ハ他種ノ保險ト變更セント欲スル等ノ事情ヨリ解約ヲ申込ムコトアリ又ハ會社カ自己ニ不利益ナル被保險者ニ對シテ之ヲ請求スルコトアリ或ハ亦法律ノ結果自然ニ契約ノ解除セラルル場合アリ其何レノ場合ナルヲ問ハス保險者ハ自己ノ負債ニ該ル部分ヲ保險契約者ニ返還スル要アリ而シテ保險者カ手數ノ報償トシテ其幾分ヲ受クルコトアリトスルモ其大部分ハ拂戻サルルモノナリ之ヲ解約價格ト稱シ又保險契約ノ現價或ハ保險證券ノ現價トモ謂フ其金額ハ保險ノ種類ニ依リ繼續ノ年限ニ依リ其率ヲ異ニスヘキモノニシテ既拂込保險料ノ何分ト云フカ如キ漠然タル規定ヲ以テ掩フヘカラス

(四) 利益配當又ハ割戻金ヲ計算スルコト 或種類ノ生命保險會社カ此名目ノ下ニ保險契約者ニ保險料ノ返還ヲ爲スコトアリ主トシテ豫定死亡ト實際死亡ノ差異ヨリ生スル利益ヲ分配スルニ在リ被保險者カ保險者ニ對シテ有スル權利義務ノ程度ニ應シテ分配ヲ受クヘキモノニシテ又主計部ノ慎重ナル計算ヲ要ス

予ハ前述ノ如ク生命保險ヲ籍リテ保險ノ形式ヲ説明セリ今之ヲ他ノ保險ノ種類例ヘハ火災、海上等ノ保險ニ適用センニ死亡生殘表ニ相當スル火災損害若クハ海難ノ統計ニ基キタル危險率ナカルヘカラス之ヨリ算出シタル純保險料附加保險料、表定保險料等ノ存在スヘキコト亦勿論ニシテ唯此等ノ保險ニハ生命保險ノ如キ長期契約ナキカ故ニ豫定利率ノ設定ヲ必要トセサルノミ而シテ醫部、主計部ニ對シテハ危險鑑定人ナル者アリ被保險者カ如何ノ程度ニ於テ火災、海難等ノ危險ニ瀕スルヤヲ鑑定シ之ニ對スル相當ノ保險料ヲ確定セシメ又危險發生ノ曉ニハ其被リタル實額ヲ評價計算シ之カ填補ノ公平ナル分配ヲ行ハシムル所ノ評價人ヲ要ス

第五章 保險ノ種類

保險ノ種類ハ先ツ危險ノ種類ニ依リテ分ツコトヲ得抑モ保險ハ不測ナル危險ニ對スル補償ノ方法ナルカ故ニ絕對的ノ理論ヨリ言フトキハ宇宙間ニ偶然發生シテ吾人ニ損害ヲ與フル危險ニハ悉ク此方法ヲ適用スルコトヲ得ヘク而シ

テ此危險ハ千差萬別ニシテ其種類ハ舉ゲテ數フヘカラス

古來世俗カ恐ルル所ノ地震、落雷、火災ヲ始トシテ洪水、暴風、雨霖、雨旱、魃、海嘯、難船、火山ノ破裂、土地ノ陷落、橋梁ノ墜落、劍難、盜難、負傷、疾病、老耄、死亡等ノ著シキモノヨリ電害、蟲害、霜害、雪崩、車馬ノ衝突、流鏝ノ破裂、債務者ノ破産、借家人ノ逃亡、雇人ノ拐帶、商業ノ損失例ヘハ約束、手形若クハ爲替、手形、小切手等ノ不拂マテ悉ク危險ト稱スルコトヲ得故ニ危險ノ種類ヲ標準トシテ保險ノ種類ヲ論スルトキハ枚舉ニ遑アラサルヘシ

然レトモ保險ノ實行ハ之カ理論ト異ナリ宇宙間ニ偶發スル所ノ危險ト雖モ或ハ其本質ニ基キ或ハ外圍ノ關係ニ因リ必スシモ皆保險ノ方法ニ應用セラルヘキモノニ非ス之カ實行ノ能不能ハ大凡次ニ掲タルカ如キ五箇條ノ規則ニ支配セララルモノト知ルヘシ

(一) 至大ナル危險ハ保險シ難シ

茲ニ所謂至大ナル危險トハ該危險カ一度發生スルニ當リタヤ其損害カ非常ナル巨額ニ達シ得ヘキ性質ノモノヲ謂フナリ抑モ保險ハ損害分擔ノ方法ニシテ

各商人ノ負擔ヲ十分輕クシテ之ニ堪フルコトヲ得セシムルヲ目的トスルモノナルニ損害カ非常ニ巨額ナルトキハ多人數ノ力ヲ以テスルモ到底之ニ堪フルコトヲ得サル場合頗ル多シ例ヘハ洪水又ハ地震ノ保險ノ如シ

(二) 過小ナル危險ハ保險シ難シ

多人數ノ力ヲ籍ラストモ被害者一人ニテ十分之ニ堪フルコトヲ得ルカ如キ微小ナル危險ハ保險ヲ成立セシムルコトナシ

(三) 多數ノ人カ一般ニ感スル所ノ危險ニ非サレハ保險シ難シ

死亡疾病ノ危險ノ如キハ如何ナル人モ皆感スル所ニシテ隨テ最モ能ク實行サル得ル所ノモノナリト雖モ一地方ニ限リ若クハ極メテ少數ナル人ニノミ感セラルル所ノ危險ハ大抵保險スルコト能ハサルヘシ例ヘハ早魃海嘯ノ如キハ特殊ノ地方ハ屢之ニ遭遇スレトモ他ノ多クノ部分ハ之ヲ知ラサルカ故ニ之カ保險ニ適セサルカ如シ

(四) 屢ニ發生セサル危險ハ保險シ難シ

社會ニ於テ昨日モ起リ今日モ起ルカ如キ災厄ニ對シテハ世人ハ常ニ之カ爲メ

ニ苦痛ヲ被リテ之カ救済ノ必要ヲ感スルカ故ニ保險トシテ成立スルヲ得ヘシト雖モ數年ニ一度起リ若クハ何時マテモ起ラサルカ如キ危險ハ偶之ニ遭遇セル者コソ一時之カ救済ノ途ヲ絶ツヘキモ暫時ニシテ其必要ヲ忘レ去リ或ハ之ヲ繼續スル耐忍力ナクシテ廢止セラルルニ至ラン例ヘハ火山ノ破裂ニ於ケル保險ヲ見ルコトヲ得サルカ如シ

(五) 統計シ難キ危險ハ保險シ難シ

保險ノ行爲ハ之ヲ各箇ノ場合ニ付テ言フトキハ損害ノ計ルヘカラサル委運ノ所業ナリト雖モ同時ニ多數ノ場合ヲ引受クル所ノ保險者ノ方ヨリ觀レハ測ルヘカラサル損害ヲ賭シタル投機者ナリト謂フヲ得ス故ニ保險ハ委運ノ行爲ナリト云フト雖モ保險事業ハ純然タル委運ノ所業ナリト謂フヲ得サルナリ何トナレハ昔時ノ保險ハ姑ク之ヲ措キ現今ノ保險事業ニ在リテハ先ツ引受クヘキ危險ノ發生高ヲ豫メ測定シ得テ始メテ事業ニ著手スルヲ得ルナリ此ノ如クナレハ此業務ハ危險ナル投機事業ノ類ニ非スシテ結局損益ノ分明ナル著實ノ業務タルヲ得ルナリ而シテ保險ヲ此確實ナル地位ニ置キテ真正ナル保險事業タ

ラシムルニハ既往ノ統計カ具備セラルヘキ必要アリ此統計ハ保險事業ノ基礎ニシテ統計ニ據ラサル保險ハ嚴格ニ言フトキハ保險ト謂フヲ得ス但統計ニ完全ナルモノト不完全ナルモノトアリ故ニ統計不完全ナラハ保險ハ成立セスト謂フカ如キ窮屈ナル議論ヲ唱フルニ非ス唯統計ノ不完全ナル間ハ同一ノ程度ニ於テ保險モ亦不完全ナルヲ免レサルノミ
以上五箇ノ條件ニ依リテ吾人ノ見聞遭遇スル所ノ多クノ危險ヲ考察シ果シテ保險ニ付セラルヘキモノナリヤ否ヤヲ判斷スルトキハ蓋シ過タサルニ庶幾カ
ルヘシ

保險ノ種類ハ又其目的物ノ性質ニ依リ三種ニ分ツコトヲ得即チ第一、物保險第二、人保險第三、債權保險是ナリ

尙ホ賠償ノ方法ニ依リテ之ヲ區別スレハ第一、定額保險第二、不定額保險第三、混合保險ト爲スコトヲ得而シテ定額保險トハ保險契約ヲ締結シテ一定ノ賠償額ヲ定メ置キ損害ノ定額ヲ計算スルコトナクシテ必ス其契約額ヲ賠償スル方法ヲ謂フ例ヘハ生命保險ノ如キ豫メ保險金額ヲ定メ置キ賠償額ハ必ス之ト同一

ル書面タルト同時ニ又最重要ナル準備書面タル性質ヲ有スルモノナリ
訴狀ノ記載事項ニ對シテハ被告ヨリ同シテ準備書面ヲ以テ答辯ヲ爲スヘキモノトス故ニ原告カ適法ナル訴狀ヲ差出シタルトキハ裁判長ハ口頭辯論ノ期日ヲ定メ裁判所書記ヲシテ訴狀ノ謄本ニ呼出狀ヲ添ヘテ之ヲ被告ニ送達セシム而シテ此訴狀ノ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニハ少クトモ二十日ノ期間ヲ存セサルヘカラス又外國ニ於テ訴狀ノ送達ヲ爲スヘキトキハ裁判長相當ノ期間ヲ定ム是レ被告ヲシテ答辯ヲ爲スニ付キ調査ヲ爲スコトヲ得セシメンカ爲メナリ第一九三條第一九四條此期間ヲ稱シテ準備期間ト謂フ被告ハ此期間内ニ於テ訴狀ノ送達ヲ受ケタルヨリ十四日內ニ答辯書ヲ差出シ原告ヲシテ其後ノ期間ニ於テ辯論ノ準備ヲ爲サシメサルヘカラス此十四日間ニ答辯書ヲ差出スヘシトノ催告ハ訴狀送達ノ際ニ呼出狀ヲ以テス而シテ答辯書モ亦準備書面ノ一ナレハ第百五條乃至第百八條ノ法則ヲ適用スヘキヤ勿論ナリ第一九九條
右ノ準備期間ハ不變期間ニ非サル法定期間ナリ但裁判長ハ當事者ノ申立ニ因リ場合ニ從ヒテ答辯書提出ノ期間ヲ相當ニ短縮シ又ハ之ヲ伸長スルコトヲ得

又訴狀ノ送達ヨリ口頭辯論ニ至ル期間ハ二十日以上ニ於テ裁判長ノ適宜定メヘキモノナレトモ原告ノ申立ニ因リ切迫ナル危險アリテ急速ニ口頭辯論ヲ要スル場合ニ限リテ二十四時間マテニ之ヲ短縮スルコトヲ得レ素ト非常ノ場合ニ於テ危險ヲ防止スルノ目的ニ出ツルモノナルカ故ニ總令其期間短縮ノ爲メ被告カ答辯書ヲ差出スコト能ハサル場合ニ於テモ之ヲ斟酌セシメテ期間ヲ短縮スルコトヲ得ルモノトス然リト雖モ被告ヲシテ事實上口頭辯論ノ爲メ裁判所ニ出頭スルコトヲ得サシムルカ如クスルハ其權利ヲ保護スルノ途ヲ失ハシムルモノナレハ裁判所所在地ト當事者ノ住所地ト相遠隔セル場合ニハ其距離ニ從ヒ期間ヲ伸長スヘキ第百六十七條ノ規定ハ常ニ適用ヲ受クヘキモノトス(第二〇三條) 口頭辯論ノ準備事項ハ右ニ述ヘタル如ク原告ハ之ヲ訴狀ニ被告ハ之ヲ答辯書ニ揭ケテ其送達交換ニ依リテ辯論ノ準備ヲ爲スヲ通例ト爲セトモ若シ訴狀又ハ答辯書ニ事實上ノ主張若クハ證據方法又ハ申立等ヲ掲タルコトヲ遺脱シタル場合ニ其事項ニ付テハ相手方カ穿鑿調査ヲ爲スニ非サレハ陳述ヲ爲スコト

能ハサルヘキコトヲ豫知スルトキハ口頭辯論ノ前書面ニ掲ケテ之ヲ差出シ相手方ヲシテ調査ノ時間ヲ得セシメサルヘカラス又口頭辯論ノ期日ニ至リテ準備十分ナラサル爲メ辯論ヲ延期スルニ至リタルトキハ裁判所ハ辯論前ニ於テ相當ノ準備書面提出ノ期間ヲ定ムルコトヲ得第二〇四條

準備書面交換ニ關スル規定ノ目的ハ畢竟當事者雙方ノ便宜ヲ圖ルニ出テタルモノニシテ之ヲ以テ訴訟ノ必要條件ト爲シタルニ非ス隨テ準備書面ノ交換ハ之ヲ爲ササルモ訴訟ノ成立ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス故ニ例ヘハ訴狀ハ原告ノ起訴ニ必要ナル書面ニシテ其訴狀ノ必要事項ハ必ス之ヲ掲ケサルヘカラスト雖モ假ニ其他ノ準備事項ハ一切記載セストスルモ毫モ訴ノ成立ヲ妨ケタルナリ又當事者カ準備書面ノ提出ヲ怠ルモ爲メニ訴訟事件ニ關シテ不利ナル推定ヲ受ケ或ハ失權ヲ來スモノニ非ス唯之ヲ提出セザリシ爲メニ相手方カ調査ノ時間ヲ要シ辯論ヲ延期スルニ至リタルトキハ之ニ因リテ生シタル訴訟費用ハ第七十五條ノ規定ニ依リ訴訟ノ勝敗如何ニ拘ハラス準備書面ノ提出ヲ怠リタル者ニ於テ負擔セサルヘカラス

又準備書面ニ記載シタル事項ハ直チニ判決ノ基礎ト爲ルモノニ非ス例ヘハ準備書面ニ於テ義務ヲ認諾スル旨ヲ記載スルモノ之ニ據リテ直チニ認諾ノ判決ヲ爲スコト能ハス認諾ノ判決ヲ爲スニ付テハ必ス口頭辯論ニ於テ認諾アリタルコトヲ要ス其他如何ナル事項ト雖モ當事者カ口頭辯論ニ於テ陳述スルニ非サレハ判決ノ基本ト爲ルモノニ非ス故ニ若シ當事者カ準備書面ニ掲ケタル重要ノ事項ニ付キ陳述ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ其陳述ヲ爲スヤ否ヤニ付キ注意ヲ與フルヲ得ルニ過キス是レ口頭辯論主義ヨリ生スル結果ナリトス

第三節 口頭辯論

我民事訴訟法ハ口頭辯論主義ヲ採用シタルモノナルコトハ既ニ述ヘタル所ノ如シ是ヲ以テ訴訟ニ付テ判決ヲ下スニ必ス口頭辯論ヲ以テ判決ノ基礎ト爲スコトヲ要ス隨テ當事者カ訴訟ニ付テノ判決ヲ受クル爲メ特ニ裁判所ノ注意ヲ求ムル事項ハ總テ口頭ヲ以テ陳述セサルヘカラス即チ一定ノ申立ハ勿論攻撃防禦ノ方法等其主張ヲ正當ナリトシ若クハ不當ナリトスル理由ノ如キ苟モ各

自ニ利益ナル判決ヲ受クル爲メニ有用ナル事項ハ必ス口頭ヲ以テ之ヲ陳述セサルヘカラス

口頭辯論ハ總則第百九條以下ノ規定ニ從ヒテ爲スヘキモノニシテ裁判長ノ定ムル辯論期日ニ之ヲ開キ當事者カ申立ヲ爲スニ因リテ始マルモノトス第一〇條故ニ總テノ場合ニ於テ辯論ノ順序トシテ當事者ハ如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立ヲ爲シ原告ハ請求ノ原因タル事實ノ陳述ヲ爲シ攻撃方法ヲ提出シ又被告ハ原告ノ請求ヲ争フトキハ其主張ヲ辯駁スル爲メ防禦方法ヲ提出シ各其證據方法ヲ申出テ相手方ノ證據方法ニ付キ意見ヲ陳述シ證據調ノ結果ニ付キ辯論ヲ爲シ以テ口頭辯論ノ終結ニ達スルモノナリ

第二百二十二條ノ規定ニ依レハ右判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ハ書面ニ基キテ爲スコトヲ必要トス即チ此重要ナル事項ハ單ニ口頭辯論ニ於テ陳述スルヲ以テ足レリトセス先ツ之ヲ書面ニ記載シテ提出シ之ニ基キテ陳述スルコトヲ要ス故ニ當事者カ口頭辯論ニ於テ此申立ヲ爲スニハ必ス先ツ訴狀其他ノ準備書面ニ之ヲ掲ケ置キ而シテ後其書面ニ依リテ申立ノ旨趣ヲ陳述スルコトヲ要ス若

シ準備書面ニ掲ケサル新ナル申立ヲ爲サントセハ、調査ニ附録トシテ添附スベキ書面ヲ差出シテ爲スコトヲ要ス例ヘハ口頭辯論中ニ起スコトヲ得ル反訴又ハ申立ノ擴張ニ依ル確定ノ訴ノ如キ又前ニ爲シタル申立ト異ナリタル申立例ヘハ最初ノ申立ヲ擴張シ若クハ減縮シテ其請求ノ額ヲ變更シタルトキノ如キ又ハ最初求メタル物ノ減盡ニ因リテ損害賠償ノ訴ニ變更シタル場合ノ如キハ何レモ別段ニ書面ヲ差出シテ其申立ヲ爲ササルヘカラス但右ノ所謂申立ノ中ニハ訴訟手續上ノ申立例ヘハ期間ノ伸縮期日ノ變更辯論ノ延期ノ申立證據關ニ關スル申立關席判決ノ申立等ハ包含セサルナリ何トナレハ此等ノ事項ニ付テハ判決ヲ以テ裁判スヘキモノニ非サレハナリ

書面ニ基キテ申立ヲ爲ストハ口頭供述力書面ト符合セサルヘカラスルコトヲ意味スルハ勿論ナリトス故ニ書面ノミアリテ口頭陳述ナキトキハ勿論其申立ハ其效ナク又縱令口頭ニテ陳述スルモ書面ナケレハ其效ナシ若シ夫レ書面ト口頭陳述ト相異ナルトキハ其異ナル部分ハ無效ニシテ其符合スル點ノミヲ以テ有效トセサルヘカラス是レ判決ヲ受ケキ事項ノ申立ハ訴訟ノ範圍ヲ定ム

制裁ヲ受タルモノニ非サルナリ故ニ其陳述事項ニ付キ調書ノ記載又ハ書面ノ提出ナキトキト雖モ裁判所ハ判決ヲ爲スニ當リテ之ヲ無視スルヲ得サレトモ書面又ハ調書ヲ以テ之ヲ明確ニセザリシ場合ハ一ニ裁判官ノ記憶ニ依リテ判決ノ材料ト爲ルモノナレハ若シ裁判官カ誤リテ之ヲ判決ニ遺脱シ又ハ之ト異ナル陳述ヲ揭ケテ判決ノ基礎ト爲シタル場合ニハ證明ノ困難ノ爲メ竟ニ此點ニ基キ其判決ヲ攻難スルコトヲ得サルノ不利益ヲ被ルニ至ルヘシハ此點辯論期日ニ於テ先ツ判決ヲ求ムル事項ハ申立ヲ爲シタル後當事者ハ尙ホ訴ノ當否ヲ主張スル理由ニ付キ辯論ヲ爲ササルヘカラス辯論ハ之ヲ區別シテ二種ト爲スコトヲ得ヘシ一ハ訴訟條件即チ形式ニ關スル辯論一ハ本案即チ請求ノ實體ニ關スル辯論是ナリ以下款ヲ分チテ之ヲ説明セン

第一款 形式上ノ辯論

凡ソ訴訟カ其要件ヲ缺キタルトキハ被告ハ其欠缺ニ基テ抗辯ヲ提出シテ訴ノ不適法ナルコトヲ主張シ訴ノ却下ヲ求ムルヲ得ヘシ此場合ニ於テハ當事者ハ

形式上即チ訴訟條件欠缺ノ有無ニ付テノ辯論ヲ爲スヘキモノナリ而シテ裁判所ニ於テ其欠缺アリトスルトキハ本案即チ請求ノ實體上ノ當否ニ付キ裁判ヲ爲ナスシテ直チニ其訴ヲ不適法トシテ却下セサルヘカラス且又或要件ノ欠缺ニ付テハ裁判所ハ職權調査ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ訴訟條件ノ欠缺アル數多ノ場合ニ於テ法律ハ特ニ被告ノ爲メニ一種特別ノ抗辯ヲ許シ應訴即チ本案ノ辯論ヲ拒ミ先ツ其抗辯ノミニ付キ辯論ヲ爲シ裁判ヲ受タルコトヲ得セシム之ヲ妨訴ノ抗辯ト謂フ

第一 無訴權ノ抗辯 無訴權ノ抗辯トハ唯文字上ヨリ解釋スレハ頗ル漠然トシテ總テ原告ニ訴權ナキトキ被告ノ提出シ得ヘキ抗辯ヲ意味スルモノノ如シ然レトモ實體上訴權ナキコトヲ抗辯ト爲スハ請求ノ實體即チ本案ニ付テノ抗辯ナルカ故ニ茲ニ所謂無訴權ノ抗辯ニ非ス無訴權ノ抗辯トハ司法裁判所ノ權限ニ屬セサル事件ヲ提起シタル場合ニ於テ爲スコトヲ得ル抗辯ナリ例ヘハ行政訴訟ノ如キハ特別ノ裁判所タル行政裁判所ニ於テ取扱フヘキモノニシテ司法

裁判所ハ之ヲ裁判スルノ權利及ヒ義務ナシ其他行政官廳ノ審判ヲ求ムヘキ事件ニ付テモ亦然リ故ニ原告カ此ノ如キ訴ヲ司法裁判所ニ提起シタルトキハ其裁判所ハ請求ノ當否ヲ判斷スルニ及ハス否判斷スルコトヲ得ス隨テ直チニ訴ヲ却下スヘキモノナリ是レ此場合ニ於テ被告ニ妨訴ノ抗辯ヲ許ス所以ナリ

第二 管轄違ノ抗辯 此抗辯ハ訴訟ノ性質カ司法裁判所ノ取扱フヘキ事件ナルモ原告ノ訴ヲ起シタル所ノ裁判所カ訴訟ノ事物ニ付キ又ハ土地ノ區域ニ關シ管轄權ヲ有セサル場合ニ於テ提出スヘキ妨訴抗辯ナリ是ヲ以テ原告カ土地又ハ事物ノ管轄權ヲ有セサル裁判所ニ起訴シタルトキハ管轄ニ付テ合意ヲ許ス場合ニシテ且其合意アルトキノ外ハ被告ハ本案ノ辯論ニ立入ラスシテ此抗辯ヲ提出シ原告ノ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得又或訴訟ニ付テ當事者カ特ニ合意ヲ以テ管轄裁判所ヲ定メタル場合ニ原告カ其合意ニ背キ他ノ裁判所ニ訴ヲ起シタルトキハ被告ハ同シタ管轄違ノ抗辯ヲ提出シテ應訴ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

第三 權利拘束ノ抗辯 本訴又ハ反訴ノ原告ノ請求カ既に他ノ訴訟ニ於テ權利

拘束ト爲リタルトキハ被告ハ此抗辯ヲ提出シ本案ニ付テハ既に訴アルカ故ニ更ニ答辯ノ義務ナキモノトシテ原告ノ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス

第四 訴訟能力ノ欠缺又ハ法律上代理ノ欠缺ノ抗辯 訴訟能力ハ訴權ヲ行使スルノ能力即チ第四十三條ニ所謂原告若クハ被告カ自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人ヲシテ訴訟ヲ爲サシムルノ能力ナリ故ニ此能力ハ當事者即チ訴訟ノ主體タルノ能力ト異ナルモノニシテ當事者タル能力ナキ者ハ固ヨリ訴訟能力ヲ有スヘキ理ナシト雖モ當事者タル能力ヲ有スル者ハ必スシモ訴訟能力ヲ有スルモノニ非ス即チ民法上ノ無能力者ノ如キ固ヨリ權利義務ノ主體タルコトヲ得ルカ故ニ當事者タル能力ハ之ヲ有スルモ自ラ訴訟ヲ爲スカ或ハ代理人ヲ選定シテ訴訟ヲ爲サシムルノ能力ヲ有セス此等ノ者ノ權利義務ニ付テ訴訟ヲ爲スニハ法律上代理人ニ依リテ爲ササルヘカラス故ニ此等訴訟能力ナキ者カ法定代理人ニ依ラスシテ原告トシテ訴ヲ起シタルトキハ被告ハ妨訴ノ抗辯ヲ提出シテ其訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得ヘシ又無能力者又ハ法人ノ代表者ナリトシテ訴ヲ起シタル者カ實際法律上ノ代理權ヲ有セサル場合ニ於テモ被告ハ其

法律上代理ノ欠缺ニ基キテ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルナリ但訴訟代理權欠缺ノ場合ハ右ト異ニシテ訴訟委任ノ欠缺ハ總則第七十條ニ規定スル如ク追完ヲ許サルルモ若シ追完ヲ爲スコト能ハサルトキハ其當事者本人ノ爲メ訴訟代理人ナキモノト看做サルルヲ以テ委任ノ欠缺アル訴訟代理人カ辯論期日ニ出頭スルモ場合ニ依リテハ其當事者ハ關席判決ヲ受クルコトアルヘシ然レトモ被告ハ原告ノ訴訟代理人ト稱シテ出頭シタル者カ訴訟代理權ナシトノ理由ニ基キ妨訴ノ抗辯ヲ爲スコト能ハス

第五 訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯 此抗辯ハ原告又ハ原告ノ從參加人カ外國人ナルトキ被告ノ請求ニ因リテ總則第八十八條ニ從ヒ保證ヲ立ツヘキ場合ニ其外國人カ保證ヲ立テサルトキニ於テ被告カ應訴ヲ拒ム爲メニ提出スルコトヲ得ル抗辯ナリ

第六 再訴ニ付キ前訴訟費用未済ノ抗辯 原告カ一旦取下ケタル訴訟ヲ再ヒ提起シタル場合ニ未タ前ノ訴ノ費用ノ辨濟ヲ爲サザリシトキハ被告ハ此抗辯ヲ提出シテ應訴ヲ拒ムコトヲ得ルモノナリ第一九八條末項原告カ前ノ訴ニ於

テ訴訟上ノ救助ヲ受ケタル事實ハ此抗辯ヲ爲スノ妨ト爲ラサルコトハ第九十八條規定ノ旨趣ニ依リテ自ラ明カナリ

茲ニ少シク疑問タルヘキハ原告カ判決ニ依リ訴ヲ不適法トシテ却下セラレタル後再ヒ其訴ヲ起シタルニ未タ前訴訟費用ヲ辨濟セサルトキハ被告ハ右妨訴抗辯ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ蓋シ妨訴抗辯ナルモノハ普通ノ抗辯ト異ナリ法律カ特別ナル效力ヲ付シタルモノニシテ前訴訟費用ヲ原告カ辨濟セサルカ爲メ被告ニ應訴ヲ拒ムコトヲ許シタルハ第九十八條末項ニ規定スル前訴ノ取下ケ爲シタル場合アルノミ斯ル規定ハ之ヲ類推擴張スルコトヲ許サザルハ言ヲ俟タス故ニ原告カ判決ニ依リテ訴ヲ却下セラレタル後再ヒ同一ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ被告ハ前訴訟費用未済ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得サルモノト論定スルヲ當然ナリトス但第九十條ノ規定ニ從ヒ判決ヲ以テ訴ヲ取下ケタリト宣言シタルトキ又ハ第九十八條ノ規定ニ依リ訴ヲ取下ケタルモノト看做スヘキ場合ニ原告カ再ヒ同一ノ訴ヲ提起シタルトキハ被告ニ於テ前訴訟費用未済ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ヲ容レサルナリ

第七 延期ノ抗辯 延期ノ抗辯ハ第六十二條ノ規定ニ從ヒテ爲スコトヲ得即チ第三者ノ名ヲ以テ物件ヲ占有スル者カ其物件ヲ占有スルノ故ヲ以テ訴ヲ受ケタルトキハ本案ノ辯論前其物ノ本主タル第三者ヲ指名シテ訴訟ニ參加セシメ陳述ヲ爲サシムル爲メニ其呼出ヲ求ムルコトヲ得ルナリ此場合ニ被告ハ延期ノ抗辯ヲ提出シテ右第三者カ陳述ヲ爲スカ又ハ陳述ヲ爲スヘキ時期マテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルモノトス

茲ニ疑問トシテ研究スヘキハ右ノ外民法ノ規定ニ於テ所謂延期ノ抗辯ナルモノアルヤ否ヤノ問題はナリ舊民法ハ債權擔保編第二十四條ニ於テ保證人カ債權者ヨリ訴追ヲ受ケタルトキハ主タル債務者ヲ訴訟ニ參加セシムル爲メ延期ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ノ規定ヲ設ケタリ然ルニ新民法ニ於テハ此ノ如キ延期ノ抗辯ヲ許ス旨ヲ規定セス唯第四百五十二條ニ債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ト規定シ尙ホ第四百五十三條ニ債權者カ前條ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖モ保證人カ主タル債務者ニ辨濟ノ責力

アリタ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債權者ハ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要スト規定シ以テ檢索ノ利益ヲ用フルコトヲ得セシメタリ故ニ若シ債權者カ主タル債務者ニ催告ヲ爲サスシテ直チニ保證人ニ對シ債務ノ辨濟ヲ求ムル訴ヲ起シタルトキハ被告タル保證人ハ原告債權者ニ對シ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキコトヲ請求シ以テ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ヘシ其結果此場合ニ於ケル債權者ノ請求ハ不當ナリトシテ却下セラレヘキモノタリ換言スレバ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ辨濟ノ催告ヲ爲シテ其效ナカリシ場合ニ非サレバ保證人ニ對シテ辨濟ヲ求ムルコト能ハサルモノナリ果シテ然ラハ此保證人ノ抗辯ハ之ヲ所謂延期ノ抗辯ト謂フヘキモノナリヤ否ヤ蓋シ延期ノ抗辯ハ他ノ抗辯ト異ナリ之ニ因リテ直チニ訴ノ却下ヲ求ムルコト能ハス單ニ或時期ニ至ルマテ本案ノ辯論ヲ拒ミテ之ヲ延期セシムルノ效力アルニ過キス而シテ保證人カ右ニ違ヘタル抗辯ヲ爲スハ本案ノ辯論ヲ拒ミ且其延期ヲ求ムルニ非スシテ却テ債權者ノ請求ヲ不當ナリトシテ却下ヲ求ムルモノナリ即チ是レ一ノ本案ノ抗辯ニ外ナラス唯此抗辯ノ後主タル債務者ニ

スルモノアルモ之ヲ以テ妨訴ノ抗辯ニ爲スコトヲ得ス何トナレハ法律ハ特ニ此抗辯ニ或效力及ヒ條件ヲ附シテ之ヲ第二百六條ニ列舉シタルヲ以テ此規定ハ即チ制限の規定ナリト解セサルヘカラサレハナリ故ニ例ヘハ或係爭法律關係ニ付キ當事者カ仲裁契約ヲ爲シテ其爭ヲ仲裁人ノ判斷ニ依リテ完結セントスル合意ヲ爲シタルニ拘ハラス其一方カ原告トシテ其係爭關係ニ付キ訴ヲ提起シタルトキハ勿論被告ハ右ノ事實ヲ主張シ抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ此抗辯ハ一面ヨリ觀察スレハ恰モ管轄違ノ抗辯ナルカ如シ何トナレハ當事者ハ合意ヲ以テ其爭ノ判斷ヲ裁判所ノ管轄ニ屬セシムス仲裁人ノ判斷ニ委コタルモノナリ換言スレハ仲裁契約ニ依リテ裁判所ノ管轄權ヲ失ハシメタルモノナルニ向キ其訴ヲ裁判所ニ提起シタルハ即チ管轄違ノ訴ナリト謂フコトヲ得ルモノノ如ケレハナリ然レトモ是レ民事訴訟法ニ所謂管轄違ノ妨訴ノ抗辯ニ非ス管轄違ノ抗辯ハ裁判所ノ事物及ヒ土地ノ管轄ニ關スル規定又ハ別ニ管轄裁判所ヲ定メタル當事者ノ合意ニ依レハ原告ノ訴ヲ起シタル裁判所ハ管轄權ヲ有セシメテ其他ノ裁判所カ管轄權ヲ有スル場合ニ於テ爲スヘキモノナリ尙

本換言スレハ原告ノ起訴シタル以外ノ裁判所ノ管轄ニ屬スルコトヲ主張スルノ抗辯ナリ之ニ反シテ仲裁契約ヲ爲シタリトノ抗辯ハ其事件ニ付テハ絕對的ニ裁判所ニ訴ヘテ判決ヲ受クルコト能ハサル旨ヲ主張スルモノナリ故ニ被告カ其抗辯ヲ爲シタル場合ニ於テハ原告ノ訴ヘタル裁判所カ事物及ヒ土地ノ上ニ於テ管轄權ヲ有スルヤ否ヤヲ問フノ必要ナシ又被告モ其有無ヲ爭フニ非ス要スルニ裁判所ノ管轄トハ裁判所相互ノ職務上ノ限界ニ付テ云フモノニシテ仲裁判斷ハ私人ノ裁判ニシテ裁判所ノ判決ト異ナルコト明白ナレハ仲裁人ト裁判所トノ間ニハ職務上ノ限界ナルモノナシ果シテ然ラハ仲裁契約ヲ抗辯ハ管轄違ノ抗辯ニ非サルコト疑ナカルヘシ然ラハ此抗辯ハ他ノ方面ヨリ論シテ無訴權ノ抗辯ナリト稱スルコトヲ得ヘキカ是レ亦消極ノ解說ヲ可トス何トナレハ無訴權ノ抗辯ハ既ニ述ヘタル如ク爭カ性質上司法裁判所ノ裁判ヲ受クルコト能ハサル場合ニ於テ爲スヘキモノニシテ仲裁契約ノ抗辯ハ其事件ノ性質カ司法裁判所ノ救済ヲ求ムルコトヲ得サルヲ理由トスルモノニ非スシテ元來其性質ハ司法裁判所ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ヘキ爭ヲ故ラニ仲裁判斷ニ

依リテ決スヘシトノ合意ニ基キテ爲スモノナリ而シテ此二ノ抗辯ハ其性質ノ相異ナル結果當事者ノ隨意ニ拋棄スルコトヲ得ルト否トノ差異ヲ生ス即チ仲裁契約ノ抗辯ハ常ニ當事者ノ合意ニ基因シ公益ニ何等ノ關係ナキヲ以テ當事者ノ隨意ニ拋棄スルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ無訴權ノ抗辯ハ國家ノ機關ノ權限ニ關スルモノニシテ當事者ノ隨意ニ拋棄スルコトヲ得ス隨テ訴訟ノ性質カ無訴權ノモノナルヤ否ヤハ裁判所ニ於テモ常ニ職權ヲ以テ調査セサルヘカラス之ヲ要スルニ仲裁契約ノ抗辯ハ抗辯ニ類スル所アリト雖モ其性質第二百六條ニ列舉シタル抗辯中ノ何レニモ屬セサルヲ以テ一ノ獨立ノ抗辯ト謂フコトヲ得ルニ過キスシテ決シテ抗辯抗辯ノ效力ヲ有スルモノニ非サルナリ

又右抗辯抗辯ヲ爲シ得ル場合ノ外ハ訴訟カ他ノ條件ヲ欠缺スルトキト雖モ被告ハ此欠缺ニ基キ應訴ヲ拒ムコト能ハス例ヘハ訴狀ノ必要條件ヲ具備セサルトキ又ハ訴ノ併合カ違法ナルトキ訴ノ變更アルトキ或ハ又證書訴訟ニ於テ其要件ヲ具備セサルトキノ如キハ何レモ第一百十九條ニ從ヒ其點ニ付テ辯論ヲ制

限スルノ命令ヲ受ケ而シテ別ニ第二百二十七條ニ依リテ裁判ヲ受タルコトヲ得レトモ此等ノ場合ニ於テハ妨訴ノ抗辯ヲ許スノ規定ナキヲ以テ被告ハ右要件ノ欠缺ヲ抗辯トシテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス唯此ノ如キ場合ニハ裁判所ニ於テハ成ルヘク本案ノ辯論前此點ニ付キ調査ヲ爲シ判決ヲ爲スヘキモノトス何トナレハ本案ノ辯論ハ全ク無用ニ歸スヘケレハナリ

次ニ妨訴抗辯提出ノ條件ヲ説明セシ

第一條件 被告ノ本案ニ付テノ辯論前ニ提出スルコト
第二條件 數多ノ妨訴抗辯アルトキハ之ヲ同時ニ提出スヘキコト
第一條件ノ理由ハ妨訴抗辯ハ其效力被告ヲシテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得セシムルニ在レハ本案ノ辯論前ニ之ヲ提出スルハ至當ノ順序ナルノミナラス其後ニ至リテ提出スルコトヲ許ストキハ前ニ爲シタル本案ノ辯論ハ全ク無用ニ歸スルコトアルヲ以テナリ(第二〇六條第一項第二條件ノ理由ハ要スルニ訴訟ノ遅延ヲ防クニ在リ若シ夫レ被告ヲシテ先ツ其提出シタル一ノ妨訴抗辯ノ棄却セラルルヲ待テテ順次ニ他ノ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得セシメハ爲メニ

多クノ時間ト費用トヲ要シ訴訟ノ落著ヲ遅延セシムルニ至レハナリ
右二ノ條件ニ反スルトキハ妨訴抗辯ハ之ヲ提出スルコトヲ得サルヲ原則トス然リト雖モ被告カ有效ニ拋棄スルコトヲ得サル妨訴抗辯ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査セサルヘカラサル事項ニ屬スルヲ以テ既ニ被告カ本案ノ辯論ヲ爲シタル後ニ至リテモ尙ホ之ヲ提出スルコトヲ得ヘシ何トナレハ右妨訴抗辯ハ縱令被告カ之ヲ提出セサルモ裁判所ニ於テ其原因アルヲ發見スルトキハ何時ニテモ此點ニ於テ訴ヲ却下セサルヘカラサレハナリ然ラハ妨訴抗辯中何レカ拋棄シ得ヘク何レカ拋棄シ得サルモノナルカ此區別ハ民事訴訟法中ニ明文ヲ以テ規定セスト雖モ其性質ニ依リテ之ヲ知ルコト容易ナリ即チ無訴權ノ抗辯財產權上ノ請求ニ非サル訴及ヒ專屬管轄ノ定アル訴合意管轄ヲ許ササル訴ニ付テノ管轄違ノ抗辯訴訟能力欠缺ノ抗辯法律上代理欠缺ノ抗辯ノ如キハ何レモ皆公益ニ關スルモノニシテ裁判所カ職權調査ヲ以テ其抗辯ノ原因アルコトヲ知リタルトキハ當事者ノ意思如何ニ關セス本案ノ裁判ヲ爲サスシテ直チニ訴ヲ却下スヘキモノナルカ故ニ當事者ノ隨意ニ拋棄スルコト能ハサルモノニ屬ス

之ニ反シテ合意管轄ヲ許ス訴ニ付テノ管轄違ノ抗辯ノ如キハ既ニ合意ヲ以テ其管轄ヲ動スコトヲ許ス以上ハ當事者カ此抗辯ヲ拋棄シテ暗ニ管轄違ノ裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルコトヲ承認スルヲ禁スルノ理由オシ又權利拘束ノ抗辯ノ如キモ公益ニ關スルモノニ非スシテ被告ノ私益ヲ保護スル爲メニ設ケラレタルモノナレハ之ヲ用フルト否トハ被告ノ隨意ナルコトハ前ニ説明セル所ナリ其他訴訟費用未済ノ抗辯訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯延期ノ抗辯ハ何レモ被告一箇ノ私益ニ關スルモノニシテ此抗辯ヲ提出スルト否トハ被告ノ隨意ニシテ裁判所ノ干渉スルコトヲ要セサルモノナリ又右被告ノ拋棄スルコトヲ得ル抗辯ノ抗辯ト雖モ被告カ此抗辯ノ原因アルコトヲ知リツツ又ハ之ヲ知ルヘカリシニ拘ハラス本案ノ辯論前提出セザリシニ非スシテ全ク被告ノ過失ナクシテ以前ニ提出スルコト能ハザリシ理由ヲ疏明スルトキハ本案ノ辯論後ニ於テ尙ホ之ヲ提出スルコトヲ得第二〇六條第三項

次ニ抗辯抗辯ノ效力ヲ説明セン

抗辯抗辯ノ效力ハ要スルニ被告ヲシテ本案ノ辯論ヲ拒ミ直チニ訴ノ却下ヲ求

ムルヲ得セシムルニ在リ延期ノ抗辯ハ之ニ基キテ訴ノ却下ヲ求ムヘキノ限ニ在ラス但抗辯ノ抗辯ヲ提出スルモ之ニ基キテ本案ノ辯論ヲ拒ムト否トハ被告ノ隨意ニシテ被告ハ場合ニ從ヒ本案ノ辯論ニ應スルコトヲ得而シテ被告カ本案ノ辯論ヲ拒ムトキハ裁判所ハ其抗辯ニ付テ別ニ辯論ヲ爲サシメ判決ヲ與ヘタルヘカラス其他被告カ本案ノ辯論ヲ拒マサルトキト雖モ裁判所ハ當事者ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ別ニ辯論ヲ命シ此點ニ付テノ判決ヲ爲スコトヲ得(第二〇七條第一項蓋シ抗辯抗辯ノ正當ナルトキハ本案ノ辯論ハ全ク無用ニ歸スヘケレハナリ又被告カ數多ノ抗辯ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ第一百九條ノ規定ノ適用ニ依リ其中ノ一二ニ限リテ辯論ヲ命スルコトヲ得ヘシ

抗辯抗辯ニ付テノ辯論ノ結果裁判所ニ於テ其理由アリト認メタルトキハ延期ノ抗辯ノ場合ノ外訴ヲ却下スルノ判決ヲ爲スヘキノモノナリ此判決ハ終局判決ニシテ直チニ上訴ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ナキ所ナリ唯事物ノ管轄違ノ訴ニ付テハ第九條ノ規定ニ依リ申立ニ因リテ訴ノ却下ト同時ニ之ヲ管轄裁判所ニ移送スルノ言渡ヲ爲スヘキノトス而シテ右却下ノ判決ハ本案ニ立入りテ爲シ

タル判決ニ非サルカ故ニ固ヨリ本案ニ付キ既判力ヲ生セス故ニ抗訴ノ抗辯ノ原因消滅シタル後ハ原告ハ再ヒ同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ但無訴權ノ抗辯ノ如キハ事件ノ性質ニ附著セル抗辯ニシテ法律ノ力ニ依ルニ非サレハ其原因ヲ除去スルコト能ハサルハ勿論ナリ

右ノ場合ニ反シテ抗訴ノ理由ナシトスルトキハ即チ之ヲ棄却スルノ判決ヲ爲スヘキモノナリ此判決ノ性質タル一ノ中間判決ナルカ故ニ若シ法律ニ別段ノ規定ナシトセハ此判決ノ後裁判所ハ直チニ進ミテ本案ノ辯論ヲ爲サシメ以テ本案ノ判決ヲ爲ササルヘカラス然レトモ法律ハ便宜上之ヲ終局判決ト看做シ之ニ對シテ獨立ノ上訴ヲ爲スコトヲ許セリ法文ニ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做ス「トアルハ是レ即チ其性質ハ中間判決ナレトモ上訴ヲ許ス點ニ於テ終局判決ト同一視スルモノナリ故ニ此判決アリタル後ハ通例裁判所ニ於テハ本案ノ辯論ヲ中止シ其判決ノ確定ヲ待チテ當事者ノ申立ニ因リ更ニ期日ヲ定メテ本案ノ辯論ヲ爲サシムヘキモノナリ蓋シ上訴ノ結果抗訴ノ抗辯ヲ棄却シタル判決ヲ取消サルルニ於テハ本案ニ付テノ辯論及ヒ判決等總テ本案ノ手

「ナル場合ト雖モ大審院ニ於テ其豫審及ヒ公判ヲ爲スヘキモノトス是レ犯罪人中ニ皇族アルトキハ如何ナル場合ト雖モ皇族ヲシテ大審院ノ裁判ヲ受クル利益ヲ失ハシメサルカ爲メ他ノ共犯人ニ對シテモ其利益ヲ及ホスモノナリ

(五) 共犯人中軍人アルトキハ常人ハ普通裁判所ノ管轄ニ屬スルモ軍人ハ軍法會議ノ管轄ニ屬スルモノトス

刑事訴訟法第二十三條ニ曰ク「此法律ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ處分ス可キ者ニ適用スルコトヲ得スト是レ總則編ニ於テ一言シタル所ニシテ陸軍治罪法第一條及ヒ海軍治罪法第一條ニ軍人ノ犯シタル重罪輕罪ハ軍法會議ニ於テ之ヲ審判スル旨ヲ規定シ尙ホ軍人ノ關係シタル犯罪ニ付テハ明治十八年第十二號布告ニ依リ規定セラレタリ

外國ニ於テ犯シタル罪ノ正犯數人アリテ其中幾人ハ長崎ニ送致セラレ他ノ幾人ハ廣島ニ送致セラレタルトキ又ハ其中幾人ハ神戸ニ送致セラレ他ノ幾人ハ東京ニテ逮捕セラレ他ノ幾人ハ所在不明ナルトキハ何レノ裁判所ヲ以テ其管

轄トスヘキヤ此場合ニ付テハ法律上別段ノ規定ナキモ數箇ノ裁判所中最初豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ヲ以テ其管轄トスルカ法律ニ適シタルモノナルヘシ何トナレハ本問ノ場合ニ於テハ刑事訴訟法第二十九條ノ規定ニ從ヒ數箇ノ裁判所カ管轄權ヲ有スルモノナレハ其裁判所中最モ前ニ被告ニ對シ關係ヲ生シタル裁判所ニ管轄權ヲ有セシムルハ正當ノ順序ナルヲ以テナリ

第三節 管轄裁判所ノ指定及ヒ裁判管轄ノ移送

管轄裁判所ノ指定トハ何レノ裁判所カ管轄權ヲ有スルヤ不分明ナル場合ニ於テ管轄權ヲ有スル裁判所ヲ指定スルコトヲ謂フ而シテ其之ヲ指定スヘキ場合ハ裁判所構成法第十條ノ規定スル所ニシテ左ノ四箇ノ場合ナリトス

- 一 權限アル裁判所カ法律上ノ理由若クハ特別ノ事情ニ因リ裁判權ヲ行フヲ得ス且之ニ代ルヘキ裁判所カ之ヲ行フヲ得サルトキ
- 二 管轄區域ノ境界明瞭ナラサルトキ
- 三 二以上ノ裁判所カ法律ニ從ヒ又ハ確定判決ニ因リ裁判權ヲ互有スルトキ

四 二以上ノ裁判所カ權限ヲ有セストノ確定判決ヲ爲シ又ハ權限ヲ有セスト

ノ確定判決ヲ受ケタルモ其裁判所ノ一ニ於テ裁判權ヲ行フヘキトキ

右ノ場合ニ於テ其申請ヲ爲スヘキ者ハ檢事及ヒ訴訟關係人ナリ而シテ其申請ヲ決定スル裁判所ハ直近上級裁判所ナリトス其手續ノ如キハ刑事訴訟法第三十二條及ヒ第三十三條ノ規定スル所ナリ

裁判管轄ノ移送トハ公安又ハ嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移スコトヲ謂フ故ニ裁判管轄ヲ移スニ二箇ノ場合アリ即チ第一ハ公安ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス場合ニシテ第二ハ嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス場合ナリトス

(一) 公安ノ爲メ裁判管轄ヲ移スハ刑事訴訟法第三十四條ニ規定スル所ニシテ犯罪ノ性質被告人ノ身分負擔地方ノ民心其他重大ナル事情ニ由リ裁判ニ對シ紛擾又ハ危險ヲ生スルノ恐アル場合ニシテ例ヘハ國事犯ノ場合ニ於ケルカ如ク平穩ニ裁判ヲ爲サシメンカ爲メナリ

(二) 嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移スハ同法第三十六條ノ規定スル所ニシテ被告人ノ身分地方ノ民心又ハ訴訟ノ模様ニ因リ裁判ノ公平ヲ維持スルコト能ハサ

ル恐アル場合ニシテ例ヘハ社會上流ノ人カ被告タル場合ニ於ケルカ如ク裁判官ノ獨立ヲ維持シ公平ナル裁判ヲ爲サシメンカ爲メナリ
右第一ノ場合ニ於テハ檢事總長ノ申請ニ因リ大審院之ヲ決定シ第二ノ場合ニ於テハ檢事又ハ其他訴訟關係人ノ申請ニ因リ上級裁判所之ヲ決定スルモノナリ

又第二ノ場合ニ於テハ民事原告人カ其裁判所ニ私訴ヲ提起シ又ハ被告人カ異議ナク辯論ヲ爲シタルトキハ其申請ハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス
又右第二ノ場合ニ於テ申請アリタルトキハ本案ノ訴訟手續ハ之ヲ停止セサルヘカラス
尙ホ第二ノ場合ニ於ケル申請ノ手續ノコトハ刑事訴訟法第三十八條ニ規定セラレタリ

第二章 裁判所職員ノ除斥及忌避回避

茲ニ裁判所職員ト云フハ判事及ヒ裁判所書記ノコトニシテ檢事ノ如キハ之ヲ

包含セサルモノナリ

裁判所カ訴ヲ受理シタル事件ニ付キ判事ハ其審理裁判ヲ爲シ書記カ其事件ヲ取扱フハ一ノ職權ナルノミナラス又一ノ職務ナリ然ルニ訴ヲ受ケタル事件ト雖モ法律上又ハ裁判上ノ事由ニ因リ判事ヲシテ其裁判ヲ爲スコトヲ許サス又書記ヲシテ其事件ヲ取扱フコトヲ許ササル場合アリ其法律上ナルト裁判上ナルトヲ問ハス之ヲ許ササル理由ハ裁判ノ獨立又ハ公平ヲ維持スルコト能ハサルカ又縱令其獨立又ハ公平ヲ維持シ得ルトスルモ外部ヨリ觀ルトキハ多ク疑ヲ容ルヘキ餘地ヲ存スルヲ以テナリ

法律上判事ヲシテ裁判ヲ爲スコトヲ許サス又書記ヲシテ事務ヲ取扱フコトヲ許ササル場合ヲ法律上ノ除斥ト謂ヒ裁判上判事ヲシテ裁判ヲ爲スコトヲ許サス又書記ヲシテ事務ヲ取扱フコトヲ許ササル場合ヲ裁判上ノ除斥ト謂フ
法律上ノ除斥即チ法律上判事ヲシテ裁判ヲ爲スコトヲ許サス又書記ヲシテ事務ヲ取扱フコトヲ許ササル場合ニ關シテハ刑事訴訟法第四十條ニ規定セル所ニシテ左ノ四箇ノ場合ナリトス

- (一) 判事又ハ書記ヲ被害者ナルトキ
- (二) 判事又ハ書記又ハ其配偶者ト被告人被害者又ハ此等ノ者ノ配偶者ト親屬ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シ
- (三) 判事又ハ書記又ハ其事件ニ付キ證人鑑定人ト爲リタルトキ又ハ被告人若クハ被害者ノ法律上代理人ナルトキ
- (四) 判事又ハ書記又ハ其事件ノ豫審終結ニ干與シ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ前審ニ干與シタルトキ
- 右(一)(二)及ヒ(三)ノ後段ノ場合ニ於テハ判事又ハ書記又ハ其事件ニ付キ直接又ハ間接ニ其公平ヲ維持スルコト能ハサルヘク又縱令聖人君子ノ如キ判事アリテ自己ノ利害ノ爲メ裁判ヲ爲スニ私心ヲ挿ムコトナシトスルモ他ヨリ之ヲ觀ルトキハ私心ヲ挿ミテ裁判ヲ爲スヘシト疑フ容ルヘキ餘地アルヲ以テナリ婚姻ノ解除シタルトキハ最早利害ノ關係ナカルヘキモ婚姻ノ解除ハ不和ヲ推定スルニ足ルヲ以テ其姻族ニ對シ之ヲ惡ミテ不利益ナル裁判ヲ爲スノ恐ナキヲ得サルヲ以テナリ又右第三ノ前段及ヒ第四ノ場合ニ於テハ判事カ既ニ己ノ意見

ヲ吐露シタル後ナルヲ以テ縱令其非ヲ知ルモ前意見ヲ主張スルナキヲ保證スルコト能ハス即チ裁判ノ公平ニ最モ必要ナル心ノ自由ニ缺クル所ナキヲ保證スル能ハサルヲ以テナリ

法律上ノ除斥ハ法律上判事又ハ書記ヲシテ事件ニ干與スルコトヲ許ササルモノナルカ故ニ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ル即チ第一審ナルト第二審ナルト又上告審ナルトヲ問ハス前記ノ場合ノ一ニ當ル判事又ハ書記ヲ事件ニ干與セシメテ裁判ヲ爲ス能ハス若シ之ニ違背スルトキハ法則ヲ適用セサル不法ノ判決タルヲ免レサルヲ以テ控訴若クハ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ヘシ

裁判上ノ除斥即チ裁判上判事ニ裁判ヲ爲スコトヲ許サス又書記ニ事務ヲ取扱フコトヲ許ササル場合ニ二箇ノ原由アリ一ヲ忌避ト謂ヒ一ヲ同避ト謂フ忌避トハ檢事又ハ其他訴訟關係人ヨリ判事又ハ書記ヲ職務ノ執行ヨリ除斥セラレンコトヲ申請スルコトヲ謂フ故ニ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘキ者ハ檢事其他ノ訴訟關係人ナリ而シテ其申請ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ハ第一前記法律上ノ除斥ノ場合第二其他偏頗ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ情況ア

ル場合はナリ此第二ノ場合ニ於テ其情況アルヤ否ヤヲ決スルハ事實上ノ審査ニ屬スルモノトス
忌避ノ申請及ヒ其裁判ニ付テハ民事訴訟法第三十四條乃至第三十八條ノ規定ニ從フコトヲ要ス(第四二條故ニ偏頗ノ裁判ヲ爲スヘキ恐アル場合ニ於テハ被告カ公廷ニ於テ陳述ヲ爲シタルトキハ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得サルモノトス何トナレハ偏頗ノ裁判ヲ爲スノ恐アルニ拘ハラズ陳述ヲ爲シタルトキハ判事又ハ書記ノ事件ニ干與スルコトヲ甘諾シタルコトヲ推定シ得ルヲ以テナリ是ヲ以テ其理由ノ結果トシテ若シ其忌避ノ原因カ陳述ヲ爲シタル後ニ生シ又ハ後ニ之ヲ覺知シタルトキハ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ(民事訴訟法第三五條第二項)

忌避ノ申請ハ區裁判所判事ニ對スルトキハ上級裁判所之ヲ決定シ又合議裁判所ノ判事ニ對スルトキハ其裁判所ニ於テ之カ決定ヲ爲スモノトス忌避セラレタル合議裁判所判事ハ其裁判ニ干與スルコトヲ得ス故ニ若シ其判事ヲ除クトキハ裁判所ノ部員ニ不足ヲ生スルコトアラハ上級裁判所ニ於テ之ヲ決定スル

モノトス(民事訴訟法第三六條)又書記ニ對スルトキハ書記所屬ノ裁判所ニ於テ之ヲ決定スルモノトス(第四五條民事訴訟法第四一條)

忌避ノ申請アリタルトキハ公判ニ於テハ本案ノ辯論ハ之ヲ中止セサルヘカラスト雖モ豫審ニ於テハ其手續ヲ進行セサルヘカラス何トナレハ豫審ニ於テハ證據ノ蒐集等ニ關シ最モ急速ヲ要スルコト多キヲ以テナリ故ニ其理由ノ結果トシテ豫審事件ト雖モ急速ヲ要セサル場合ニ於テハ其手續ヲ中止スルコトヲ得ルトノ例外ヲ設ケラレタリ(第四三條)

同避トハ判事又ハ書記自ラ其職務ノ執行ヨリ除斥セラレンコトヲ申立タルヲ謂フ而シテ其申立ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ハ第一前記法律上ノ除斥ノ場合第二判事又ハ書記自ラ同避スヘキモノト思料シタル場合はナリ第二ノ場合ニ於テ同避ノ原因アリヤ否ヤヲ決スルモ亦事官ノ審査ニ屬スルモノトス
右申立ノ裁判ニ付テハ前記忌避ノ申請ヲ裁判スル裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトス(第四四條)

第三編 犯罪ノ捜査、起訴及ヒ豫審

本編ニ於テハ犯罪アリシ當時ヨリ公判ニ至ルマデノ手續ニ關スルコトヲ講述スヘシ

第一章 捜査

裁判ヲ受クルニハ起訴ヲ要シ起訴ヲ爲スニハ捜査ヲ必要トス蓋シ捜査ニシテ不十分ナレハ起訴ヲ爲スモ其目的ヲ達スルコト能ハサルヘキヲ以テナリ故ニ裁判ヲ受ケントスルニハ第一著ニ精密ナル捜査ヲ爲ス必要アリトス而シテ公訴權ヲ行フハ檢事ノ職務ニ屬スルヲ以テ捜査ヲ爲スノ權モ亦檢事ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス

捜査トハ犯罪ノ證據及ヒ犯人ヲ捜査スルコトヲ謂フ即チ告訴狀告發狀其附屬書類新聞紙等ニ付キ犯罪ノ有無其種類並ニ犯罪人ノ誰ナルヤ等ヲ取調フル所ノ處分ナリ故ニ檢事ハ捜査處分トシテ探偵ヲ使用シ警察署村役場等ニ對シ雖

疑者ノ品行等ヲ尋問スルコトヲ得ヘク又關係人ノ訊問ヲモ爲スヲ得ヘシト雖モ豫審處分ニ立入ラサル様注意セサルヘカラス

捜査處分ニ付キ檢事ヲ補佐スル官吏公吏アリ是レ刑事訴訟法第四十七條第二項ニ規定スル所ニシテ(一)警視警部長(二)警部警部補(三)憲兵將校(下士三)島司四郡長(五)林務官(六)市町村長即チ是ナリ

又本法ヲ以テ特ニ捜査權ヲ與ヘラレタル者アリ即チ海船内ノ犯罪ニ付テハ船長ニ於テ司法警察ノ職務ヲ行ヒ(第四八條)又間接國稅處分法違反事件ニ付テハ稅務局關稅法違反事件ニ付テハ稅關ノ官吏カ司法警察官ノ職務ヲ行フモノトス明治二十三年法律第八十六號間接國稅犯則者處分法同三十二年法律第六十一號關稅法第八二條乃至第八六條

又捜査ニ關シ檢事ト同一ノ權限ヲ有スル者アリ即チ警視總監地方長官東京府知事ヲ除ク即チ是ナリ(第四七條)

檢事カ犯罪ヲ認知スルノ原因種種アルヘシト雖モ其重ナルモノ三種アリ即チ告訴發及ヒ現行犯是ナリ

第一節 告訴及ヒ告發

告訴トハ被害者ヨリ犯罪アリタルコトヲ官ニ申告スルコトヲ謂ヒ告發トハ被害者以外ノ者ヨリ犯罪ノアリタルコトヲ官ニ申告スルコトヲ謂フ
告訴又ハ告發ヲ爲スニハ證據及ヒ參考ト爲ルヘキモノヲ添ヘテ犯罪ノ地若クハ被告所在ノ地ノ裁判所ノ檢察又ハ司法警察官ニ之ヲ爲スヘシ(第四九條第五〇條、第五三條)

告訴又ハ告發ヲ爲スニハ口頭ニテ之ヲ爲スモ書面ヲ以テ之ヲ爲スモ差支ナク又代人ニ委任シテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ又一旦爲シタル告訴又ハ告發ト雖モ隨意ニ之ヲ取下クルコトヲ得ヘシ(第五一條、第五三條乃至第五五條)

右ノ如ク告訴ト告發ハ其規定ヲ同シタスト雖モ官吏(公吏)カ告發ヲ爲ストキハ告訴ト其趣ヲ異ニスル點ナキニ非ス故ニ官吏(公吏)カ職務上犯罪アリタルコトヲ知リタルトキハ其職務ヲ行フ地ノ檢察ニ告發セサルヘカラス此場合ニ於テハ代人ニ委任スルコトヲ許サス又口頭ニテ爲スコトヲ許ササルモノナリ(第五

二條)

告發ヲ爲スハ官吏(公吏)ニ對シテハ一ノ義務ナリト雖モ一般人民ニ對シテハ之ヲ以テ義務トセス何トナレハ法律上告訴又ハ告發ヲ爲スヘキコトヲ命スルハ德義ヲ損シ私交ヲ害スルノ虞アルヲ以テ法律ハ成ルヘク之ヲ避ケンコトヲ欲シタルモノナリ故ニ刑事訴訟法上ニ於テハ告訴又ハ告發ヲ爲スコトヲ命シ又ハ之ヲ賞スルコトナキモ諸罰則中或ハ之ヲ爲スコトヲ獎勵シタルモノナキニ非ス例ヘハ明治十五年第二十五號布告第四號ニ於テ富籤ニ關スル犯罪ヲ告發シタル者ニ其徵收スル所ノ罰金ノ半額ヲ給與スルカ如シ

檢察カ告訴又ハ告發ヲ受ケタルトキ檢察自ラ之ヲ調査シ或ハ起訴ノ手續ヲ爲シ或ハ不起訴ノ處分ヲ爲スモノナリ司法警察官カ告訴又ハ告發ヲ受ケタルトキハ違警罪ニ付テハ自ラ即決ヲ爲スコトヲ得ヘシ明治十八年布告第三十一號違警罪即決例同十九年勅令第四十四號陸軍軍人軍屬違警罪處分例同二十二年法律第二十五號海軍軍人軍屬違警罪處分例ト雖モ重輕罪ニ付テハ其書類ヲ管轄裁判所ノ檢察ニ送致スルコトヲ要ス(第四九條第五三條第二項)

第二節 現行犯罪

現行犯トハ犯罪發覺ノ當時現ニ行ヒツツアル所ノ犯罪ヲ謂フモノニシテ犯罪ト發覺ト同時又ハ殆ト同時ナルコトヲ要スルモノナリ故ニ捜査上非現行犯ト大ニ其規定ヲ異ニセリ現行犯ニ付テハ被告人ノ逮捕及ヒ證憑ノ蒐集ニ關シ最モ急速ヲ要スルカ故ニ非現行犯ト同一ノ規定ヲ適用スルコト能ハサルヲ以テナリ(第五六條)

現行犯ニ付テハ刑事訴訟法第五十六條ノ規定セル所ニシテ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際發覺シタル罪ヲ名ケテ現行犯ト謂フナリ例ヘハ殺人罪ヲ犯ス所ヲ巡査ニ發見セラレタル場合ノ如キ是ナリ

又凶ニ真正ニ現行犯ニ非サルモ法律上現行犯ニ准シタル場合アリ是レ眞ノ現行犯ナラサルモ被告人ノ逮捕及ヒ證憑ノ蒐集ニ付キ急速ヲ要スルカ故ニ現行犯ト訴訟手續ヲ同シウスルヲ以テ現行犯ニ准シタルモノニシテ之ヲ名ケテ准現行犯ト謂フ准現行犯ノ場合ハ刑事訴訟法第五十七條ニ規定セラレタリ同條

ニ依テ現行犯ニ准スル場合ハ左ノ如シ

第一 犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セララルトキ

犯人トシテ追呼セラレナカラ逃ケ行クトキハ犯罪ノ嫌疑アルカ故ニ直チニ之ヲ捕ヘ其犯人ナルヤ否ヤヲ取調フルハ極メテ必要ニシテ非現行犯ノ規定ヲ茲ニ適用スルハ不便ナルヲ以テナリ

第二 兇器贓物其他ノ物件ヲ携帯シ又ハ身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料スヘキトキ

此ノ如キ場合ニ於テモ犯罪ノ嫌疑アルコトハ勿論ニシテ前同様至急其取調ヲ爲スノ必要アルヲ以テナリ

第三 家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證スル爲メ又ハ其犯人ト思料ス可キ者ヲ逮捕スル爲メ戸主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタルトキ

此場合モ亦犯罪ノ嫌疑アルハ勿論ニシテ前同様急速ニ其取調ニ著手スルノ必要アルヲ以テナリ

現行犯ノ豫審ニ付テハ非現行犯ノ豫審ト其規定ヲ異ニスル所アリト雖モ此事

ハ豫審處分ノ處ニ至リテ講述スヘシ本節ノ規定スル所即チ本節ニ於テ予カ講述スル所ハ被告人ノ逮捕及ヒ引致ニ關スル規定ニ外ナラス
入ヲ逮捕スルハ一大事ナリ故ニ憲法第二十三條ニ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕ヲ受タルコトナシト規定セラレタリ然リ而シテ判事ノ令狀ナケレハ人ヲ逮捕スルコト能ハサルハ一ノ原則タリ然レトモ現行犯ノ場合ニ於テハ急速ヲ要スルヲ以テ令狀ヲ得ルノ暇ナキカ故ニ令狀ヲ待タスシテ犯罪人ヲ逮捕スルコトヲ許シタリ(第五八條第一項)
重罪又ハ禁錮ノ刑ニ該ルヘキ輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタル者ハ何人ニ限ラス即チ司法警察官巡査憲兵卒ハ勿論常人ニテモ犯罪人ヲ逮捕スルコトヲ得ヘシ(第六〇條)

巡査憲兵卒又ハ常人カ犯罪人ヲ逮捕シタルトキハ其犯罪人ハ之ヲ司法警察官ニ引致スヘク(第五九條第一項、第六一條)此場合ニ於テ若シ巡査憲兵卒ノ引致ニ係ルトキハ司法警察官ハ告發調書ヲ作成スルコトヲ要ス第五七條第二項若シ常人カ犯罪人ヲ逮捕シタル場合ニ於テ之ヲ司法警察官ニ引致スル能ハサルト

雜 報

○校友會 客臘二十八日午後四時本校第二教室ニ於テ和佛法律學校校友會秋季大會ヲ開キタリ當日出席セラレタルハ梅會長寺尾副會長其他二十餘名ニシテ梅會長ハ先ツ春季大會以後ニ於ケル諸般ノ報告ヲ爲シ校友ノ推選ニ關スル許否ノ決議ヲ經次ニ役員ノ滿期改選ヲ施行セシニ寺尾辯護士ノ發議ニ依リ會長及ヒ副會長ハ投票ヲ用ヒスシテ重任ヲ請ヒ幹事ハ會長及ヒ副會長ノ指名ニ一任スルコトニ決議シ會長副會長ハ共ニ其決議ヲ承諾セラレ會員一同拍手シテ之ヲ迎ヘ信岡辯護士ノ幹事選任ニ付テノ意見ノ陳述アリ次ニ横山富次郎氏ノ脫會ヲ承認スルノ決議ヲ爲シ尋テ閉會シタルハ五時過ナリキ尙ホ當日校友ニ推選セラレタル人名左ノ如シ

松本稅務管理局長	飯塚 忠 成	海軍少主計候補生	服部 正 之
豫備陸軍三等軍吏	岩見 鍋 一郎	武藏川越八十五銀行員	小 田 常 吉
陸軍中兵幼年學校教授	服部 敦 一		春宮祐一郎
岡山地方裁判所判事	淺見峯次郎	知縣出裁判所監督書記	伊 藤 壽 馬

○辯護士試験及第者祝宴會兼校友懇親會 客臘二十八日午後六時飯田河岸富士見樓ニ於テ校友懇親會ヲ兼テ昨年施行ノ辯護士試験ニ及第セラレタル諸氏ノ爲メ祝宴ヲ開キタリ當日ハ歲末ニ迫レルヲ以テ來會者甚タ多カラサリシモ和氣霽然滿堂ノ光景何トナク春海ノ洋洋タルカ如キモノアリキ座定マリテ梅博士ハ先ツ一校ヲ代表シテ及第者ニ對スル祝詞ヲ呈セラレ且曰ク近年辯護士試験ノ程度頗ル高ク隨テ之ニ及第スル者比較的尠シト聞ク所ナルニ諸氏ハ首尾能ク之ニ及第セラレテ辯護士ヲ榮譽アル地位ヲ得ラレタルハ洵ニ慶賀スヘキコトナルト同時ニ此榮譽アル職ニ就カルル以上ハ十分其地位ヲ愛シ其職責ヲ重セサルヘカラス嘗テ今日ノ辯護士ノ職務ニ在ル者ヲ公事師又ハ代言人ト稱シタリシ時代ニ當リテハ一般人民ハ概シテ之ヲ卑ミ甚シキニ至リタハ却テ蛇蝎視スル者アリキ是レ蓋シ辯護士ナル職ニ在ル者ハ常ニ人民ノ好伴侶トシテ其將ニ侵サレントスル所ノ生命身體名譽財產等ヲ裁判上辯護救済スルノ任ニ在ルニ拘ハラス公事師代言人等ハ往往無智ノ人民ヲ詐キテ私利ヲ圖ル如キ廉耻ヲ缺ク者アリシニ職由セスンハ非ス今日ノ辯護士ニシテ斯ル不正ノ行

ヲ爲ス者極メテ稀ナルヘキハ予ノ信スル所ナレトモ諸君ハ是ヨリ其職務上人民ニ接遇セララルルニ當リ萬一ニモ私慾ノ奴ト爲ルコトナク又常ニ學界ト遠サカルルコトナキコトヲ力メ誠實ニ事ニ從ハルルヲ要スル旨ヲ說述セラレ更ニ懇親會ニ對シテハ其閉會ノ趣旨並ニ時期ノ歲末ニ迫リタルニ付キ辯解セララル所アリキ次ニ信岡辯護士ハ校友總代トシテ及第者ニ對スル祝詞ヲ述ヘラレ且辯護士社會ノ近狀ヲ叙述シテ第一奢侈ニ流レサルコト第二倨傲ナラサルコト第三誠實ニ業務ニ從フヘキコトヲ希望ヲ述ヘラレ次ニ石原三郎氏ハ及第者一同ニ代リテ答詞ヲ述ヘラレタリ尙ホ宴酣ナルニ及ヒテ後藤代議士ハ起チテ自己ノ本校ニ於ケル關係及ヒ自己ノ辯護士ヲ志望シタリシ所以ヲ述ヘラレ且私立法律學校ノ今日ニ於ケル必要即チ今日ノ社會ニ於テハ到底官立學校ノミヲ恃ムヘカラサル所以隨テ私立法律學校ノ責任ノ重大ナル旨ヲ述ヘラレ次ニ佐々木辯護士ハ辯護士ノ職ニ在ル者ハ忍耐慎重安量ナラサルヘカラサル趣旨ヲ述ヘラレ次ニ原辯護士ハ信岡辯護士ニ促サレ忘年會ニ因ミ光陰ニ一大溝渠一大鐵門アルニ非スト雖モ歲末ノ期ニ際シテハ人生幾多ノ岐ナキヲ得ス例ヘハ

足下ノ一點ヨリ引キタル直線カ東西無限ノ距離ヲ計リ得ヘキカ如ク人生現在ノ一瞬間ヨリ追懷スル過去ト想望スル未來モ亦無限ナルヘキヲ論シ辯護士ノ實驗談ヨリ其業務ノ最モ有望ナル旨ヲ縷縷論述シ去ラレ吉田辯護士ハ本會カ審シク歳末ニ迫リテ開會スルニ至リタルハ辯護士試験成績ノ發表遅カリシヨト全國各地ノ校友ニ通知スルノ必要等ニ由ル旨ヲ述ヘラレ終ニ井田忠信氏ハ法律學ヲ自治機關等ニマテ普及スルノ必要ヲ述ヘラレ宴終リテ全ク解會シタルハ十時半頃ナリキ

○擬律擬判ノ試験 去ル十二月二十四日第二年度第一回擬律擬判試験ヲ執

行シタリ其問題左ノ如シ
甲乙ニ誤アリ之ヲ殺サント欲シ一夜乙ヲ路ニ要ス須臾ニシテ乙ノ來ルヲ見
其甲ハ其持フル所ノ白刃ヲ閃カシテ乙ニ迫ル乙驚キ逃ケテ路傍ノ石地蔵
ノ陰ニ隠ル甲ハ其石地蔵ヲ乙ナリト誤認シ満身ノ力ヲ盡メテ之ニ斬リ付ク
タルニ石地蔵ノ首飛ンテ其下ニ墮レ居リタル乙ノ頭上ニ墮落シ其頭部ヲ傷
ケテ乙ハ即死シタリ
甲ノ處分如何 (飯田學士)



足下ノ一點ヨリ引キタル直線カ東西無限ノ距離ヲ計リ得ヘキカ如ク人生現在ノ一瞬間ヨリ追憶スル過去ト理想スル未來モ亦無限ナルヘキヲ論シ辯護士ノ實驗談ヨリ其業務ノ最モ有價ナル旨ヲ縷縷論述シ去ラレ吉田辯護士ハ本會カ甚シク歳末ニ追リテ開會スルニ至リタルハ辯護士試験成績ノ發表遅カリシコト全國各地ノ校友ニ通知スルノ必要等ニ由ル旨ヲ述ヘラレ終ニ井田忠信氏ハ法律學ヲ自治機關等ニマテ普及スルノ必要ヲ述ヘラレ宴終リテ全ク解會シタルハ十時半頃ナリキ

○擬律擬判ノ試験 去ル十二月二十四日第二年度第一回擬律擬判試験ヲ執行シタリ其問題左ノ如シ

甲乙ニ恨アリ之ヲ殺サント欲シ一夜乙ヲ路ニ要ス須臾ニシテ乙ノ來ルヲ見甲ハ其誤フル所ノ白刃ヲ閃カシテ乙ニ迫ル乙當キ避ケテ路傍ノ石地蔵ノ陰ニ隠キ甲ハ其石地蔵ヲ乙ナリト誤認シ謂フカサシメテ之ニ斬リ付ケタルニ石地蔵ノ首飛ンテ其下ニ隠レ居リタル乙ノ頭上ニ墜落シ其頭部ヲ傷ケテ乙ハ即死セタリ

甲ノ處分如何 (飯田學士)

(注意) 校外生月謝納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切抜キ居所、氏名及爲替番號、金額、並ニ學年別、月謝ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十五年
月 日

和佛法律學校會計局御中

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十五年
月 日

和佛法律學校會計局御中

校外生規則摘要

講義錄ヲ分チテ第一學年、第二學年、第三學年ノ三部トス

講義錄ノ掲載科目左ノ如シ

第一學年 法學講義(民法第一編及第二編第六章マデ)、刑法(總論)、憲法、國際公法、經濟學
第二學年 民法(第三編)、商法(第一編、第二編、第三編)、刑法(各論)、民事訴訟法(第一編、第二編)、刑事訴訟法、財政學
第三學年 民法(第二編第七章以下、第四編、第五編、商法(第四編第五編、民事訴訟法(第三編以下)、破産法、行政法、國際私法

講義錄ハ毎月六回左ノ期日ニ發行ス

第一學年 五日、二十日 第二學年 十日、廿五日
第三學年 十五日、三十日但二月ニ限り末日

一 校外生ハ何時ニテモ入學スルコトヲ得

一 月謝金左ノ如シ

第一學年 金三十錢 第二學年 金四十錢
第三學年 金五十錢 全學年 金一圓

一 月謝ハ郵便爲替、銀行小切手、通運早速便ヲ以テ東京市麴町區富士見町六丁目十六番地和佛法律學校會計局宛ニテ送付スヘシ

明治三十四年十一月九日第三種郵便物認可
明治三十四年十一月九日內務省許可

明治三十五年一月九日印刷

明治三十五年一月十日發行

(定價金貳拾五錢)

編輯者 東京市込區草船田南三十九番地

編輯者 松田久次郎

印刷者 東京市牛込區矢來町三番地

印刷者 小宮山信好

印刷所 東京市芝區西ノ久保町奇町十一番地

印刷所 金子活版所

發行所 東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)